

**GIOVANNA MAYER**

**REGULAÇÃO PORTUÁRIA BRASILEIRA: UMA REFLEXÃO SOB A  
LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann  
Moreira

CURITIBA  
2009

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

GIOVANNA MAYER

### **REGULAÇÃO PORTUÁRIA BRASILEIRA: UMA REFLEXÃO SOB A LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: \_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Carlos Ari Sundfeld

\_\_\_\_\_  
Prof. Dr. Alexandre Ditzel Faraco

Curitiba, 17 de dezembro de 2009

## AGRADECIMENTOS

A cada passo que o homem dá, leva consigo as experiências passadas. Por isso, os agradecimentos a todos os que auxiliaram e, de alguma forma, forjaram este trabalho seria impossível. Fixada essa premissa, é tempo de lembrar de algumas pessoas que ajudaram nesta missão.

Sou muito grata aos meus pais por terem me ensinado que valores como humildade, disciplina e confiança são importantes em qualquer campo de nossas vidas. E, por mais paradoxal que isso possa ser, agradeço a minha irmã por me ensinar que, às vezes, a disciplina pode ceder à auto-indulgência, sem qualquer prejuízo no resultado final do trabalho.

Agradeço ao Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira pelos ensinamentos, pelas indicações bibliográficas (com amplo – e insano - empréstimo de livros), pelas longas conversas nas reuniões de orientação e, sobretudo, pela confiança depositada ao me aceitar como sua orientanda e por acreditar no meu trabalho, principalmente na sombria fase da escrita.

Não posso deixar de anotar minha gratidão a Nicole Mader Gonçalves e Leandro Aires, os quais foram confidentes e conselheiros nos momentos de angústia destes dois anos.

Registro minha admiração ao trabalho de todos os servidores da 7ª Vara Federal de Curitiba, os quais tiveram que ouvir muito sobre direito econômico durante os últimos dois anos. A dedicação de todos os servidores e do colega João Pedro Gebran Neto fez com que eu tivesse a tranquilidade para dividir minha atenção entre o trabalho e o mestrado.

Por fim, agradeço a Leonardo Emílio Paludetto por permitir compartilhar de sua vida e de seus sonhos.

*“Tudo é transporte na vida, Senhor Ayrton, e o tumulto de hoje vem das imperfeições dos nossos sistemas de transporte. Tudo é transporte”* (Monteiro Lobato, O Presidente Negro).

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	xii
<b>ABSTRACT.....</b>	xiii
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	01
 <b>CAPÍTULO 1 – NOÇÕES DE ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....</b>	 05
	07
<b>1.1 Direito e Economia: um diálogo necessário.....</b>	
1.1.1 Crítica dirigida à maximização das riquezas: o debate POSNER/DWORKIN.....	10
1.1.2 Welfarismo.....	13
1.1.3 A contribuição da doutrina e da jurisprudência brasileiras.....	15
1.1.4 Racionalidade econômica institucionalizada na lei: a suspensão de segurança..	24
1.1.5 Possibilidade de aplicação da AED no Brasil.....	26
<b>1.2 Análise econômica do Direito no civil law.....</b>	27
<b>1.3 Algumas nuances do Análise Econômica do Direito: noções elementares.....</b>	30
1.3.1 Eficiência.....	30
1.3.2 As falhas de mercado.....	36
1.3.2.1 Assimetria de informações.....	38
1.3.2.2 Monopólios e concentração de mercado.....	41
1.3.2.3 Externalidades .....	43
1.3.2.4 Bens públicos.....	47
1.3.3 Situação de Monopólio Natural.....	48
1.3.4 Contratos incompletos.....	49
 <b>CAPÍTULO 2 - REGIME DOS PORTOS BRASILEIROS.....</b>	 51
	51
<b>2.1 Legislação Portuária: evolução no direito brasileiro.....</b>	
<b>2.2 As características da atividade portuária.....</b>	58

<b>2.3 A Lei n. 8.630/93: o início da reforma do Estado.....</b>	<b>64</b>
<b>2.4 A natureza do serviço portuário e o novo serviço público.....</b>	<b>65</b>
<b>2.5 Concessão, permissão e autorização de serviço portuário.....</b>	<b>70</b>
2.5.1 O arrendamento.....	72
2.5.2. A autorização de serviço público.....	80
<b>2.6 Os vários regimes da atividade portuária.....</b>	<b>86</b>
2.6.1 As atividades exercidas pelos terminais privativos de uso misto.....	88
2.6.1.1 A habilitação para autorização.....	89
2.6.1.2 A quantidade de mercadorias movimentadas nos terminais de uso privativo misto.....	90
2.6.1.3 Características específicas da autorização para operação de terminais portuários privativos.....	95
2.6.2 As instalações portuárias públicas de pequeno porte.....	99
2.6.3 As Estações de Transbordo de Cargas.....	100
<b>2.7 As sanções no regime portuário brasileiro.....</b>	<b>100</b>
<b>2.8 Agentes envolvidos no regime portuário brasileiro.....</b>	<b>104</b>
2.8.1 O Conselho da Autoridade Portuária.....	105
2.8.2 A Administração Portuária em sentido estrito.....	106
2.8.3 A problemática relação entre o CAP e a administração portuária.....	107
 <b>CAPÍTULO 3. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO INSTRUMENTO PARA A REFLEXÃO SOBRE QUESTÕES PORTUÁRIA.....</b>	 <b>111</b>
	112
<b>3.1 O monopólio natural e os portos.....</b>	
3.1.1 A atuação do regulador em situações de monopólio natural.....	115
3.1.1.1 Regulação pela tarifa.....	117
3.1.1.2 Estratégias de regulação portuária brasileira.....	120
3.1.2 A atuação do regulador em situações de concorrência.....	123
3.1.3 Outras estratégias regulatórias: o compartilhamento de infraestrutura, a terminalização e o não-regular.....	124
<b>3.2 Os atos de outorga como contratos incompletos.....</b>	<b>126</b>
<b>3.3 Movimentação de carga pelos terminais privados sob a ótica da eficiência.....</b>	<b>130</b>
3.3.1 Uma questão adjacente: a questão da concorrência desleal entre	

	terminais portuários.....	131
3.3.2	O Decreto n. 6.620/08 e o poder normativo.....	133
3.3.3	A questão da eficiência.....	134
<b>CONCLUSÃO.....</b>		137
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>		140

## **RESUMO**

A infraestrutura portuária possui papel fundamental no desenvolvimento do país. Com os instrumentos e as categorias da Análise Econômica do Direito, tais como eficiência, monopólio natural, falhas de mercado e custos de transação, é possível repensar o setor portuário sob outra perspectiva que não a estritamente jurídica, sobretudo com o novo entendimento sobre serviço público e atos e contratos públicos. Com a Lei n. 8.630/93 novos assuntos como a quantidade de mercadorias transportada pelos terminais privados e o papel da ANTAQ aumentaram a discussão sobre portos. Essa dissertação foca estes problemas sem esquecer que qualquer solução é imperfeita porque vivemos em um mundo imperfeito.

Palavras-chave: Portos; Análise Econômica do Direito; Monopólio Natural; ANTAQ; Serviço Público; Infraestruturas essenciais; Tarifas; Terminais públicos e privados.



## **ABSTRACT**

The ports facilities have a fundamental role in the country's development. With the instruments and categories of Economic Analysis of Law, as efficiency, natural monopoly, market failures and transaction costs, it is possible rethink the port sector under other perspective but the Law, especially with a new understanding about public utilities, public acts and contracts. With the Brazilian Law n. 8.630/93 new subjects as the amount of goods transported by the private terminals and the ANTAQ's role has increase the discussion about ports. This essay focuses these problems without forget that any solution is imperfect because we live in an imperfect world.

**Keywords:** Ports; Economic Analysis of Law; Natural Monopoly; ANTAQ; Public Utilities; Essential Facilities; Rates; Public and Private Terminals.

## INTRODUÇÃO

A infraestrutura portuária é um dos meios para avaliar o grau de desenvolvimento de um país. Com a Lei n. 8.630/93 o legislador arquitetou um novo sistema, procurando modernizar estrutura que datava o Império. Com essa legislação, as diretrizes estratégicas do setor permaneceram ditadas pelo governo federal e em todos os portos organizados haveria uma administração portuária, responsável por gerir as instalações e cumprir as decisões exaradas pelo Conselho da Administração Portuária, órgão composto por poder público, trabalhadores, operadores portuários e usuários. Conjugou-se o anseio governamental de permanecer apenas com o núcleo estratégico das atividades estatais, possibilitando à iniciativa privada gerir as operações portuárias, com a participação dos grupos de interesses.

O modelo proposto pela Lei n. 8.630/93 optou em melhor aproveitar as instalações portuárias existentes, em um setor em que o espaço geográfico para a colocação de infraestrutura é escasso e exige o dispêndio de recursos vultosos. Além de trazer modelo participativo de gerenciamento dos portos, a Lei n. 8.630/93 procurou dar soluções inovadoras à sistemática portuária brasileira, trazendo figuras até então desconhecidas para o operador do direito, como o arrendamento das instalações portuárias. Operou-se uma revolução na maneira em que se regiam os contratos administrativos portuários, adequando-os a uma sociedade que não mais tolera o feudalismo nas operações portuárias (praticado pelo Estado e por grupos econômicos), a pessoalidade e a ineficiência, elementos que contribuem para o encarecimento dos transportes e das mercadorias transportadas.

A pesquisa ora proposta partirá da premissa que a regulação portuária brasileira deve ter como norte o desenvolvimento do país. A Análise Econômica do Direito (AED) auxilia nesta tarefa, pois fornece instrumentos para analisar os contratos administrativos e a regulação sob uma ótica que engloba o Direito e a Economia, que são dois ramos do conhecimento que vivem em simbiose.

A relevância do trabalho transparece no momento em que há uma crise na regulação dos setores de infraestrutura do país, o que demonstra a necessidade de estudo sobre os mecanismos que possam auxiliar na busca pelo desenvolvimento econômico, mas desde que essa persecução não rompa com as balizas do Estado Democrático de Direito e com a valorização do cidadão em detrimento do capital.

É necessário, portanto, reflexão e estudo sobre a regulação portuária, sobre as peculiaridades dos terminais portuários e sobre a busca pela alocação ótima de recursos, de

modo a contribuir para o melhoramento das práticas envolvendo o setor e assim aprimorar os mecanismos de controle do Estado sobre esse serviço.

A Lei n. 8.630/93 trouxe novos institutos, como a diferenciação entre terminais portuários públicos e privados, a autorização e o arrendamento. No entanto, tais novidades ainda não foram suficientemente esmiuçadas, a despeito da importância do tema. Percebe-se, ademais, que os doutrinadores empenham-se em enquadrá-los em categorias clássicas do direito administrativo, como se tais classificações fossem íntegras e não pudessem receber rupturas e revisões.

Pretende-se estudar os institutos sob a ótica da Análise Econômica do Direito. Apesar dos preconceitos que o operador do Direito parece ter em relação à economia (e vice-versa), abre-se nova perspectiva de interpretação e operacionalização para o direito público. A pesquisa procurará averiguar quais os limites para a persecução da alocação ótima de recursos, bem como se existem restrições a tal busca. Indagará se a eficiência dos agentes econômicos poderá servir de motivo para eventual omissão na tarefa de coibir o abuso do poder econômico. Investigará se a eficiência pode ser parâmetro para se distribuir ônus e bônus entre os atores envolvidos na questão portuária brasileira e, por fim, se a ineficiência dos agentes portuários envolvidos pode ser motivo para a aplicação de sanções pela agência reguladora.

Para a regulação do setor portuário criou-se a Agência Nacional dos Transportes Aquaviários (Lei n. 10.233/01). As agências reguladoras foram criadas no Brasil para permitir a retirada do Estado da gestão de certos setores da economia, possibilitando que o Poder Público pudesse ditar as balizas do ramo econômico e fiscalizar a ação equilibrada dos agentes, repelindo abuso do poder econômico, sempre com vistas aos objetivos traçados pelo constituinte, dentre os quais está o desenvolvimento nacional (artigo 3º, II, da Constituição da República).

Propõe-se, por conseguinte, filtrar o que foi escrito e decidido sobre a regulação portuária, a fim de realizar estudo amplo, científico e crítico dos institutos trazidos pela Lei n. 8.630/93, de modo a entendê-los sob perspectiva de promoção do desenvolvimento e, como proposto no título do trabalho, sob a lente da análise econômica do direito.

Optou-se por não traçar as linhas gerais sobre as agências reguladoras, reforma do Estado e teorias da regulação, como se recomendaria em qualquer trabalho acadêmico. Isso porque se constatou que a inclusão ou supressão dessas premissas não prejudicaria a análise ora proposta, tendo em vista que, diante do curto espaço de uma dissertação de mestrado, elas seriam meramente informativas, sem qualquer possibilidade de aprofundamento do estudo.

Na medida do possível e, se necessário, algumas informações serão dadas no decorrer no trabalho. Discutir, pois, a origem das agências e as suas características não afastariam a constatação de que tais instituições existem e devem ser respeitadas. É essa a premissa de que se parte nesta análise.

A estrutura do presente trabalho pode parecer, à primeira vista, repetitiva pois o terceiro capítulo volta a categorias expostas nas duas primeiras partes do presente trabalho. Isso porque se parte da concepção que o mesmo assunto pode ser visto de ângulos diferentes, em uma espécie de espiral ascendente.

O primeiro capítulo destina-se a informar o leitor sobre algumas características da Análise Econômica do Direito, a qual é pouco explorada Brasil. Após análise da aplicabilidade dessa metodologia aos países da *civil law* e breve digressão sobre o debate POSNER *versus* DWORKIN, base das conclusões de muitos estudiosos brasileiros sobre o tema, serão explorados alguns dos institutos da AED: custos de transação, eficiência, contratos incompletos e monopólio. O objetivo desse capítulo é apenas informar o leitor, familiarizando-o com os institutos que serão usados no terceiro capítulo. Para não assustar os operadores do Direito, os quais possuem – em sua maioria – aversão a números, equações e gráficos, não foram utilizados nenhum desses elementos na presente dissertação, por mais que, por vezes, um gráfico ou uma equação signifiquem a supressão de páginas e páginas de explicações.

No segundo capítulo, após breve histórico sobre o setor portuário, será analisada a arquitetura do setor, seja na questão estrutural (concedente, concessionário, arrendatário, autorizatário) seja na questão de competência (Conselho de Autoridade Portuária *versus* Administração Portuária). Ao lado da questão dos terminais portuários privativos, motivo de grandes discussões no setor, haverá espaço para notícia sobre as novidades no setor: a estação de transbordo de carga e as instalações portuárias de pequeno porte.

Por fim, no terceiro capítulo será realizada a leitura de três aspectos do setor portuário, a saber, monopólio natural, atos incompletos de outorga e terminais privativos sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, procurando indicar soluções singelas e imperfeitas para o setor.

Ao final do trabalho, procurar-se-á demonstrar como a AED pode ser útil na análise de questões portuárias e como pode oferecer respostas a muitos dilemas dos operadores portuários. No momento em que há uma crise na regulação dos setores de infraestrutura do país, há necessidade de estudo sobre os mecanismos que possam auxiliar na busca pelo

desenvolvimento econômico, mas desde que essa persecução não rompa com as balizas do Estado Democrático de Direito e com a valorização do cidadão em detrimento do capital.

É necessário, portanto, reflexão sobre a regulação portuária, sobre as peculiaridades dos terminais portuários e sobre a busca pela alocação ótima de recursos, de modo a contribuir para o melhoramento das práticas envolvendo o setor e assim aprimorar os mecanismos de controle do Estado sobre esse serviço. Tudo isso sem esquecer que em um mundo imperfeito todas as soluções são imperfeitas: eis o fantasma que assusta o operador do Direito, acostumado a trabalhar com ficções jurídicas que conferem perfeição inexistente ao mundo real.

## CAPÍTULO 1 – NOÇÕES DE ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Com este capítulo, objetiva-se dar um panorama geral sobre a Análise Econômica do Direito (AED), demonstrando suas aplicações. Será dada ênfase apenas aos aspectos que interessam à análise da regulação portuária: custos de transação, contratos incompletos, monopólios naturais, serviços públicos e sanções. Não haverá espaço, portanto, para assuntos como a tributação, a questão de políticas públicas e as análises comportamentais. Adverte-se o leitor que se trata de apenas esboço sobre a AED, a fim de introduzir alguns elementos que facilitarão o entendimento da parte final deste trabalho. Não se espere, pois, grandes digressões teóricas sobre o tema. O objetivo é expor as condições das quais parte o presente estudo.

Direito e Economia são interligados. São raros os fatos e atos jurídicos não quantificáveis e sem repercussão econômica. Podem-se verificar traços econômicos em grande parte dos elos sociais: a filiação gera direitos sucessórios, os quais são patrimoniais; o casamento é um contrato, o que revela sua faceta econômica, sobretudo se levarmos em conta que se trata de contrato de longo prazo e incompleto; as artes contemplativas geram bens, os quais podem assumir grandes valores e direitos autorais; o estudo, que custa tempo e dinheiro, agrega valor ao indivíduo, ainda que seja para o seu próprio interesse pessoal.

Além dessa percepção, some-se a constatação de que o homem é um ser racional, que maximiza as utilidades nos mais diferentes comportamentos sociais, mesmo de maneira inconsciente e que responde a incentivos. Há estudos que comprovam, por exemplo, como a prática do aborto diminui os índices de criminalidade e, como para os pais cuidadosos, é mais perigoso deixar uma criança brincar em uma casa com piscina a deixá-la divertir-se em uma cujos donos possuem armas.<sup>1</sup>

Tudo isso leva à percepção de que o homem não vive apenas sob a égide do contrato social. É um homem econômico, que também responde a estímulos.<sup>2</sup> Pegue-se o exemplo das

---

<sup>1</sup> HARTFORD, Tim. **The logic of life: the rational economics of an irrational world**. Nova York: Random House, 2008, p. 04. No mesmo sentido: DUBNER, Stephen J.; LEVITT, Steven. **Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta**. 7 ed. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005, p. 05/17.

<sup>2</sup> Os críticos da economia frequentemente apresentam o homem econômico como uma caricatura. HARTFORD descreve esse homem econômico imaginado como um ser que não frui de emoções humanas como o amor, a amizade, a caridade, a raiva e a inveja. Ele é governado por sua mente e capacidade acima da média de fazer cálculos. Nesta concepção, o homem econômico e o psicopata não possuem nada de diferente. Essa caricatura é internalizada por muitos críticos da AED. CASTANHEIRA NEVES afirma que com a Análise Econômica do Direito, o homem deixa de ser sujeito de direitos para ser “*simples objeto de programação e de benefícios*

sanções imputadas a indivíduos que dirigem sob o efeito de álcool no Brasil. Há alguns anos, a direção nessas condições era tolerada em certa medida e não acarretava a perda da carteira nacional de habilitação, a menos que houvesse um acidente. Hoje, se houver a devida fiscalização, quase não há tolerância, pois conforme a dosagem alcoólica, o cidadão pode perder sua habilitação. Com o agravamento da lei, o cidadão efetuou um cálculo de custo/benefício. A consequência disto foi a diminuição de acidentes e os custos com saúde.<sup>3</sup>

Mas conceber o homem como um ser racional, que reage a estímulos, não significa que ele deseje maximizar seus lucros a qualquer custo. Não há lugar, portanto, para o utilitarismo puro e simples. E é aqui que florescem as equivocadas críticas ao movimento da Análise Econômica do Direito. Há temor que o Direito se dispa de seu objetivo tido como central, o justo, para vestir uma roupagem de eficiência, desprovida de questões morais e éticas.

Todavia, agregar o Direito à Economia não significa ceder espaço à opressão, à dominação, à mais-valia – tudo isso em uma possível leitura marxista. Apesar de existirem correntes que pregam a eficiência dissociada da justiça, existem outras – denominadas welfaristas – as quais preconizam que a persecução do ponto ótimo, da eficiência e da correta alocação de recursos só ocorrerá quando toda a sociedade sair ganhando.<sup>4</sup> Do contrário, cabe ao empreendedor, ao contratante e ao governante mudar a maneira de agir, em prol da melhora do bem-estar social. Como se verá adiante, ambas as posições são condenáveis.

A AED possui várias escolas e movimentos: (i) desde a clássica Escola de Chicago, em que se desprezava a variável humana e moral; (ii) passando pela ideia do *nudge*,<sup>5</sup> ou

---

*planificáveis*”. Passa a ser, portanto, um número. Já Alexandre Morais da ROSA sugere que com o Direito e Economia há a substituição do sujeito de direito pelo homem econômico. No entanto, ao se afirmar que o homem é um ser econômico significa que as pessoas respondem a estímulos. Além disso, significa que as pessoas não resolvem equações com duas ou três variáveis para avaliar seus custos e benefícios. O homem econômico possui emoções, arrepende-se de suas escolhas e, principalmente, falha ao perseguir seus objetivos. HARTFORD, Tim. Obra citada, p. 10/13; ROSA, Alexandre Morais da. Crítica ao discurso da law and economics. In: \_\_\_\_; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com o Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 90 e 121; NEVES, A. Castanheira. **O direito hoje e com que sentido: o problema actual da autonomia do direito**. Lisboa: Piaget, 2002, p. 50 e 75.

<sup>3</sup> BACCOCCINA, Denize. **A economia da lei seca**. Disponível em <http://www.terra.com.br/istoedinheiro/edicoes/575/a-economia-da-lei-seca-educacao-dos-acidentes-pode-cortar-os-104447-1.htm> Acesso em: 05 nov. 2009.

<sup>4</sup> GOLDBERG, Daniel. “Controle de políticas públicas pelo Judiciário”. Em: SALGADO, Lucia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da (edit.). **Regulação no Brasil: governança, incentivos e eficiência**. Rio de Janeiro: IPEA, 2007, p. 57.

<sup>5</sup> Neste trabalho, optou-se por não traduzir a expressão “*nudge*”, pois não há possibilidade de tradução literal. “*Nudge*” significa “dar um empurrão”, “uma cutucada”. A intenção dos autores é demonstrar como as escolhas pessoais podem ser auxiliadas ou conduzidas por meio de ações simples, como a ordem de disposição dos pratos em um buffet. Isso pode, segundo eles, ser transferido para as políticas públicas. Cabe ao governo dar um “empurrão” nas pessoas, a fim de guiá-las para determinado objetivo. É o que chamam de liberalismo paternalista. Ampliar em: THALER, Richard H. SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health,**

seja, como certas atitudes irracionais podem ter sido racionalmente provocadas; (iii) pela teoria das instituições (como a escolha das instituições em que serão resolvidos certos problemas influenciam no resultado final) e, por fim, (iv) pela teoria welfarista. Todas as escolas contribuem, como será visto adiante, de alguma forma para o estudo dos problemas expostos ao operador do direito.

Como premissa metodológica, é importante ressaltar que o presente trabalho não utiliza nenhuma escola em especial. Baseia-se, como mencionado acima, apenas em conceitos que são úteis para a análise da regulação portuária, não havendo utilidade de organizar tais ideias em torno de escolas.<sup>6</sup>

Independente da corrente a ser seguida, a AED enfrenta um dilema que o antecede: Como é possível estudá-la se o Direito e a Economia trabalham com racionalidades diferentes? Intuitivamente, fala-se que o Direito trabalha com a persecução do justo, ao passo que a Economia objetiva a persecução do ótimo econômico. Além disso, o Direito trabalha como uma análise posterior do fato, ao passo que a Economia analisa-o em prospecção, sem esquecer da indução derivada de experiências passadas.<sup>7</sup> Diante dessa diferença de racionalidade, há ceticismo quando se trata da conversa entre Direito e Economia.<sup>8</sup>

### 1.1. Direito e Economia: um diálogo necessário

A interlocução do Direito e da Economia possui algumas características as quais podem assustar o operador do direito. O exemplo do mercado de bebês, mostrado a seguir, é emblemático: nossa sociedade não consegue conviver com ideias que ataquem a moral mediana, tampouco consegue discutir tais questões.<sup>9</sup>

O apreço de POSNER, talvez o maior divulgador da AED, pelo assunto é tão grande que ele propôs uma análise mercadológica da adoção. Ele vê a adoção como método de transferência da custódia de crianças de famílias que não investiriam tanto no

---

wealth and happiness. New Haven: Yale Press, 2008, p. 03/17. Há tradução para o português: THALER, Richard H. SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: o empurrão para a escolha certa**. Trad. Marcelo Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

<sup>6</sup> Um amplo trabalho sobre as escolas da AED pode ser encontrado em MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the law: from Posner to post-modernism and beyond**. Princeton: Princeton University Press, 2006.

<sup>7</sup> ARAÚJO, Fernando. **Análise económica do direito: programa e guia de estudo**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 22.

<sup>8</sup> POSNER, Eric. “Análise econômica do direito contratual após três décadas (primeira parte)”. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jul./set. 2008, p. 77.

<sup>9</sup> POSNER, Richard. **Economics analysis of law**. 7 ed. New York: Aspen Publishers, 2007, p. 154/156.



desenvolvimento do infante para famílias dispostas a realizar tais investimentos. No entanto, com o planejamento familiar – incluídos os métodos contraceptivos e de fertilização artificial – há diminuição das crianças colocadas a adoção, bem como a diminuição de famílias que querem adotar, sem que isso represente diminuição da demanda. A proibição de venda de direitos parentais não impede que haja um mercado negro de bebês. POSNER argumenta que, em virtude da ilicitude do negócio, os preços são muito elevados. Seria o caso, portanto, de uma instituição e regulação do mercado de bebês. Isso porque pessoas dispostas a pagar por um bebê provavelmente investirão – financeira e afetuosamente – mais nele e “*a quantidade substancial de dinheiro para obter uma criança atesta a seriedade com que o comprador deseja a criança*”.<sup>10</sup>

A venda de bebês causa, à primeira impressão, a rejeição de toda uma teoria. Afinal, quem irá compactuar com algo que traz o pior dos valores à tona: a “precificação” da vida? Por isso, refuta-se o todo em virtude de exemplos formulados, muitas vezes, apenas para jogar luz sobre determinada nuance de um problema. Cabe ao operador analisar criticamente todas as cores do movimento, de modo a verificar se há algum ensinamento ou instrumental aproveitável. O exemplo do mercado de bebês serve para informar debates legislativos sobre o tema. É uma análise normativa do problema, ou seja, trata-se de pegar uma questão (“falta de crianças para adoção”) e achar uma solução possível, pertencente ao mundo do dever-ser (instituir um mercado regulado de bebês). Não se pode transportar esse exemplo para a teoria das decisões judiciais, por exemplo. A decisão judicial faz uma análise positiva, do ser, da realidade dos fatos. Sem uma prévia discussão legislativa, não se pode instituir o mercado de bebês. No entanto, muitos dos críticos esquecem essa divisão normativa e positiva ao criticar a AED. A *perspectiva normativa* da AED cuida, sobretudo, da confecção das normas. Trata-se de saber o que é preciso fazer, quais as atitudes do legislador necessárias para se atingir determinado fim. Já a *perspectiva positiva* trata de analisar as questões em discussão e analisá-las com os instrumentos da AED. O presente capítulo procurará esclarecer melhor tal distinção ao demonstrar quais são as aplicações positivas e normativas do movimento.

Na AED, por exemplo, há abrandamento do método clássico de análise jurídica, o qual parte da premissa de que as relações em que há atos ilícitos ou com abuso de direito ensejam reparação (art. 927 do Código Civil), de modo que a relação posta sob análise do operador é uma relação de ganha-perde. Segundo a AED, é necessário examinar os custos e os

---

<sup>10</sup> POSNER, Richard. **Economics analysis of law**, p. 155. Todas as citações em língua estrangeira presentes neste trabalho foram traduzidas livremente pela autora.

benefícios para todas as partes envolvidas na relação para só então decidir qual a solução mais justa, que deverá conter apreciação sobre o uso mais eficiente de determinado bem.

Mas tal raciocínio não se aplica apenas ao direito de propriedade e responsabilidade civil. Há no direito penal o princípio da dúvida em favor do réu (*in dubio pro reo*), segundo o qual, havendo qualquer dúvida sobre a materialidade e autoria do crime, o juiz deve julgar em favor do réu, absolvendo-o ou subsumindo a sua conduta em tipo penal mais brando. Além de não ser justo, sancionar a conduta de alguém sem haver a certeza de que esse indivíduo cometeu um crime não é eficiente. Abstraindo a questão da justiça e da moral, quais os ganhos para a sociedade em condenar alguém contra quem não se tem certeza se cometeu ou não um crime? Perdas para o indivíduo, para sua família e para a própria sociedade e Justiça, as quais terão seu respeito e a força institucional diminuídas ao julgar mal.

Abandona-se a ideia de que o retorno ao *status quo ante* é a situação desejável em casos de ilícito. A tutela inibitória nem sempre será a melhor saída, razão pela qual há abrandamento do artigo 461 do CPC. Como a AED visa a redução dos custos de transação, a efetivação de uma tutela inibitória pode ser mais custoso que deixar as partes chegarem a um acordo, inclusive monetário, sobre determinado direito.

O Direito abandona sua faceta exclusivamente retrospectiva para transformar-se também em incentivo. Tais incentivos podem servir para a mudança de comportamento, para a redução de custos e, até mesmo, para aumentar o grau de segurança e previsibilidade das ações humanas. Afinal, o ser humano é racional e responde a incentivos.

Além disso, por conceber a norma como incentivo, o movimento é contrário à “tácita e ingênua” teoria predominante: a de que os indivíduos modelam seus comportamentos segundo os padrões estabelecidos pela norma jurídica.<sup>11</sup> A norma jurídica é apenas uma variável levada em conta na ação. As perdas e ganhos advindos da observância da norma são outras variáveis consideradas.

Com todas essas características, o direito perderia seu valor principal, que é a busca pelo justo, passando a utilizar a eficiência alocativa<sup>12</sup> ou pela riqueza como diretriz. E é justamente essa particularidade da AED que merece estudo mais aprofundado. Por vezes, em

---

<sup>11</sup> KORNHAUSER, Lewis A. “El nuevo análisis económico del derecho”. Em: ROEMER, Andrés (comp.). **Derecho y economía: una revisión de la literatura**. México, DF: Centro de estudios de gobernabilidad y políticas públicas, 2000, p. 20.

<sup>12</sup> Sobre as características da AED, FORGIONI, Paula. “Análise econômica do direito: paranóia ou mistificação” Em: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar: 2006, p. 427/428.

uma relação pura de custo-benefício, pode ser mais eficiente matar todos os doentes que os curar. No entanto, neste caso, a racionalidade jurídica barra a racionalidade econômica.<sup>13</sup>

Para compreender as críticas lançadas ao movimento, convém separá-las em dois grupos: (i) a crítica dirigida à maximização de riquezas; (ii) a crítica dirigida ao welfarismo.

### 1.1.1 Crítica dirigida à maximização das riquezas: o debate POSNER/DWORKIN

Richard POSNER parte da premissa que o mundo é um local de recursos limitados e, por isso, o homem deve fazer escolhas: escolher entre o lazer e o trabalho, entre alimentar-se com alimento feito com gordura hidrogenada ou com vegetais orgânicos, entre dedicar seu tempo ao estudo ou aos afazeres domésticos. Toda a escolha é racional: não há espaço para a inconsciência. Além disso, as escolhas visam à maximização de riquezas.<sup>14</sup>

O argumento central da teoria de R. POSNER consiste na ideia de que a utilidade que determinado bem representa para um indivíduo pode ser representada pelo quanto ele deseja pagar por esse objeto.<sup>15</sup> Alguns exemplos podem ser úteis para demonstrar seu pensamento. Um tênis de corrida, por exemplo, para o maratonista possui valor X. É o quanto ele está disposto a pagar para adquirir esse tênis. Uma pessoa sedentária, para a qual o tênis não possui a menor utilidade, estaria disposta a pagar X/10 para obter o mesmo tênis. O sedentário não gastará a mesma quantia de dinheiro que o maratonista simplesmente porque aquilo não lhe é útil.

No setor de infraestrutura, pode-se dizer que os usuários frequentes de um terminal portuário estão dispostos a pagar determinada quantia para embarcar suas mercadorias com presteza e correção, a qual não é a mesma que uma pessoa que tenha feito uma importação de um bem para o adorno de sua residência. Por mais que o serviço seja o mesmo, para o usuário frequente do terminal, a celeridade portuária é mais valiosa que para o importador eventual.

R. POSNER, no entanto, rejeita o conceito puro de utilidade, trazido do utilitarismo, pois apenas a felicidade e o bem-estar não completam o indivíduo. Além disso, reconhece que o conceito de utilidade e de maximização das riquezas não diz nada sobre a distribuição dessa riqueza e sobre sua justiça. Com enfoque nesses pontos, o que o estudo da AED pode fazer é

<sup>13</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. "The traditional dialogue between law & economics". **Revista Direito GV**, São Paulo, v. esp, Nov.2005, p. 175.

<sup>14</sup> POSNER, Richard. **Economic analysis of law**, p. 3/4.

<sup>15</sup> POSNER, Richard. **Economic analysis of law**, p. 10/11.

auxiliar na análise dos custos e das ações que devem ser tomadas para modificar determinada distribuição de riqueza.<sup>16</sup>

POSNER afirma que o valor econômico de algo é traduzido no quanto alguém deseja pagar por determinado bem e, se já possui esse bem, quanto deseja para vendê-lo. Maximizar riquezas significa atribuir direitos de propriedade a quem mais valoriza tais bens.<sup>17</sup> Apesar de DWORKIN ter o mesmo conceito de maximização de riquezas de POSNER, ou seja, apesar de afirmar que ela é “*é alcançada quando bens e outros recursos estão nas mãos dos que a valorizam mais, e alguém valoriza mais um bem se puder e estiver disposto a pagar mais em dinheiro (ou no equivalente do dinheiro) para possuí-lo*”,<sup>18</sup> sua conclusão é diferente. Ao privilegiar a maximização das riquezas, o movimento da AED daria, segundo DWORKIN, a impressão que seus doutrinadores desejam ver o mesmo comportamento das empresas nas outras relações sociais.<sup>19</sup>

No entanto, o próprio POSNER reconhece a insuficiência do termo eficiência, o qual significa a “*alocação de recursos na qual o valor é maximizado*”.<sup>20</sup> Reconhece, ademais, que a economia não dá respostas se a distribuição de renda é justa ou injusta. No entanto, isso não pode afastá-la da análise de quanto custa modificar a distribuição existente ou quanto custará a implementação de determinada lei.<sup>21</sup>

Cotejar as ideias de DWORKIN e POSNER é tarefa árdua, sobretudo porque ambos partem de premissas diferentes e veem as decisões judiciais de formas diametralmente opostas. Enquanto para POSNER, o juiz da *common law* é o promotor da eficiência,<sup>22</sup> a qual exige decisões diferentes e contingentes, para DWORKIN há apenas uma solução ótima, extraída de norma jurídica, a qual não possui influências políticas e econômicas, mas promove a equidade.<sup>23</sup> O próprio DWORKIN parece reconhecer que esse momento ótimo não é tarefa para os homens comuns, tanto é que denomina o seu juiz de Hércules.<sup>24</sup> A partir desse

<sup>16</sup> POSNER, Richard. **Economic analysis of law**, p. 15.

<sup>17</sup> POSNER, Richard. **Economic analysis of law**, p. 11.

<sup>18</sup> DWORKIN, Ronald. “A riqueza é um valor”. Em: \_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 352.

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald. “A riqueza é um valor”, p. 353.

<sup>20</sup> POSNER, Richard. **Economic analysis of law**, p. 11.

<sup>21</sup> POSNER, Richard. **Economic analysis of law**, p. 26/27.

<sup>22</sup> POSNER, Richard. **Economic analysis of law**, p. 251.

<sup>23</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 177.

<sup>24</sup> “Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules”. O próprio DWORKIN reconhece, em momento posterior, após descrever o método e as objeções ao juiz Hércules, que mesmo que haja ceticismo em torno de sua teoria, a metáfora do juiz Hércules serve “a

momento, revela-se o embate entre a prática e a teoria, por vezes, inconciliáveis. As racionalidades que informam seus pensamentos são diferentes e, portanto, não podem ser contrapostas.

No entanto, ou ambos estão cientes da impossibilidade de debate entre suas propostas e mesmo assim desejam continuar seus debates, ou ambos não perceberam que se trata de duas perspectivas antagônicas e não-comparáveis.<sup>25</sup> DWORKIN sustenta não haver qualquer explicação do motivo pelo qual a maximização de riquezas deve ser o objetivo de todas as decisões judiciais. Não há, ademais, consenso se a maximização de riquezas é um componente de valor ou apenas um instrumento de outros valores sociais perseguidos pela sociedade.<sup>26</sup> DWORKIN entende que a riqueza é um componente de valor, ou seja, uma sociedade com riqueza não é, necessariamente, melhor que outra, pois os outros valores podem estar prejudicados como, por exemplo, a distribuição dessa riqueza.<sup>27</sup> É contrário, pois, à ideia de que a maximização de riquezas é instrumental. Isso porque, caso utilizado como instrumento para o atingimento de outros valores, os resultados podem ser indesejáveis, diferentes da equidade e da justiça.<sup>28</sup>

DWORKIN pondera que riqueza social não é um valor em si, mas um instrumento que pode auxiliar no alcance de outros valores, tais como sucesso e felicidade. Isso porque “o ganho de riqueza social, considerado por si só e separadamente de seus custos ou de outras conseqüências, boas ou más, não é absolutamente um ganho”.<sup>29</sup> E aqui residiria o equívoco do movimento da AED. Segundo DWORKIN, não há motivo algum que faça crer que uma sociedade mais rica é melhor que uma com menor riqueza.<sup>30</sup> E isso é coerente com o seu pensamento, o qual procura uma decisão jurídica, baseada em princípios do direito, de modo que essa solução seja forte e, portanto, ótima. Se DWORKIN procura a teoria forjando uma

---

*qualquer juiz, como um poderoso lembrete de que ele pode muito bem errar nos juízos políticos que emite, e que deve, portanto, decidir os casos difíceis com humildade*”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, p. 165 e 203.

<sup>25</sup> Ver a respeito a resenha de DWORKIN sobre dois livros de Posner: DWORKIN, Ronald. Philosophy & Monica Lewinski. **The New York Review of Books**, New York, v. 47, n. 4, mar. 2000. Em seguida, a resposta de POSNER em: POSNER, Richard. An affair of state: an exchange. **The New York Review of Books**, New York, v. 47, n. 7, abr. 2000. No primeiro parágrafo de Philosophy & Monica Lewinski, DWORKIN insinua que POSNER não se dedica à sua função principal, que é a de juiz. Ironicamente diz: “*He has produced books on a variety of legal subjects in numbers that would be amazing even if he had no other responsibilities. To judge from the copious footnotes in all his books, he is a voracious speed-reader as well*”.

<sup>26</sup> DWORKIN, Ronald. “A riqueza é um valor”, p. 356.

<sup>27</sup> DWORKIN, Ronald. “A riqueza é um valor”, p. 357.

<sup>28</sup> DWORKIN, Ronald. “A riqueza é um valor”, p. 379.

<sup>29</sup> DWORKIN, Ronald. “A riqueza é um valor”, p. 365.

<sup>30</sup> DWORKIN, Ronald. “A riqueza é um valor”, p. 359.

prática consubstanciada no juiz Hércules, POSNER procura a prática, construindo uma teoria a partir dela.<sup>31</sup>

Com isso, percebe-se que é preciso ter cuidado quando se critica a AED com vistas a determinado marco teórico. Não se pode pinçar apenas alguns aspectos de um e de outro teórico, sem verificar quais as suas intenções com determinada teoria. Cotejar uma racionalidade prática, como a AED, com uma racionalidade teórica, como a teoria da Justiça de DWORKIN, possui os mesmos efeitos para o Direito que recomendar a prática da caminhada para alguém que não possa andar.

### 1.1.2. Welfarismo

As críticas lançadas ao movimento da AED não pararam apenas na questão da maximização das riquezas. Existem juristas que privilegiam o bem-estar em detrimento da justiça. O conceito de bem estar engloba tudo que faz do indivíduo uma pessoa mais completa: bens de consumo, relações com o meio-ambiente, relações sociais, espiritualidade. KAPLOW e SHAVELL pontuam que “*o único limite àquilo que pode ser considerado bem-estar é o que está na cabeça das pessoas e não dos analistas*”.<sup>32</sup> Os teóricos da corrente welfarista partem do pressuposto que não há, “*do ponto de vista moral, critérios externos ao de bem-estar que deveriam orientar as escolhas da sociedade*”.<sup>33</sup> Desse modo, argumentam que a justiça deve ser substituída pela busca do bem estar ou tê-lo como maior componente.

Essa valorização do bem-estar ocorreria por vários motivos: (i) não há consenso sobre o conceito de justiça, de modo que perseguir a justiça será sempre questão subjetiva; (ii) a justiça deve levar em conta o bem-estar, pois as vezes a realização da justiça diminui o bem estar dos indivíduos.<sup>34</sup> Com a ênfase do bem-estar, os autores pretendem fazer análise das preferências da população, o que se oporia à análise da justiça, que é feita por “iluminados”.<sup>35</sup> Como a justiça não mede as conseqüências, a realização da justiça pode prejudicar o bem-

<sup>31</sup> LEITER, Brian. **In praise of realism (and against non-sense jurisprudence)** Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1113461](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1113461). Acesso: 02 mai. 2009.

<sup>32</sup> KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. “Principles of fairness versus human welfare”. **Harvard Law School Law-Econ discussion papers**, n. 227, mar. 2000, p. 14/15. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=224946>, Acesso em: 02 mai. 2008. Todas as citações em língua estrangeira foram livremente traduzidas pela autora a fim de incorporá-las ao texto.

<sup>33</sup> GOLDBERG, Daniel. “Controle de políticas...”, p. 57.

<sup>34</sup> KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. “Principles of fairness versus human welfare”, p. 04.

<sup>35</sup> KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. “Principles of fairness versus human welfare”, p. 18.

estar dos indivíduos. Além disso, não se pode ignorar existir elementos de bem-estar na formulação de políticas públicas.<sup>36</sup>

No entanto, o que diferencia os utilitaristas dos welfaristas? Não é demais recordar que o utilitarismo pregava a felicidade e o bem-estar como valores. Os welfaristas, por sua vez, preocupam-se com a sociedade como um todo, englobando aí a formulação de políticas públicas, inclusive redistributivistas.

Mas os welfaristas, apesar das objeções ao seu pensamento, afirmam que a formulação de políticas públicas deve levar em conta apenas o bem-estar.<sup>37</sup> Uma política welfarista analisa como determinada ação interferirá no indivíduo e contribuirá para a efetivação da justiça redistributiva.<sup>38</sup> Privilegia-se o bem-estar em detrimento da justiça, porque na justiça sempre alguém sairá em situação pior (a relação é de ganha-perde).<sup>39</sup> A persecução da justiça leva a sacrifícios do bem-estar.

Um exemplo da diferença entre a ótica do direito e da teoria do bem-estar é a questão da reparação civil. Segundo o artigo 927 do Código Civil, quem age de maneira a prejudicar o outro, tem que reparar o dano. Pela ótica do direito, a lei é aplicada sempre que estiverem presentes os pressupostos (ato, nexos causal, dano, culpa/dolo). No entanto, pela ótica do welfarismo, a norma só será aplicada se promover o bem-estar da sociedade. GOLDBERG conclui que, pela teoria welfarista, não há regime prévio de responsabilidade objetiva ou subjetiva: tudo depende dos custos para a sociedade. Se for demais custoso exigir a comprovação da culpa em sentido amplo, a responsabilidade será objetiva.<sup>40</sup>

Outro exemplo é a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) aos contratos bancários. Sob a ótica do consumidor comum, a aplicação do CDC às relações com as instituições financeiras revela uma tentativa de se atenuar a assimetria de informações. Todavia, pegue-se uma grande empresa que realiza contrato de empréstimo para capital de giro. Se houver assimetria de informação, ela não é tão evidente quanto a que há entre consumidor final e fornecedor. A aplicação do CDC a essa relação não aumentará o bem-estar

---

<sup>36</sup> KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. "Fairness versus Welfare: notes on Pareto principle, preferences and distributive justice". **John M. Olin Center for Law, Economics and Business**. Discussion paper n. 441, p. 04. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=391060&rec=1&srcabs=202108](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=391060&rec=1&srcabs=202108) Acesso em: 02 mai. 2008.

<sup>37</sup> KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. "Fairness versus Welfare...", p. 02.

<sup>38</sup> KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. "Fairness versus Welfare...", p. 02.

<sup>39</sup> KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. "Fairness versus Welfare...", p. 05.

<sup>40</sup> GOLDBERG, Daniel. "Controle de políticas públicas pelo Judiciário", p. 67.

da sociedade, pelo contrário, trará a desigualdade para uma relação entre iguais. O uso da teoria welfarista poderia afastar a aplicação do CDC neste caso.<sup>41</sup>

No entanto, o welfarismo não esteve isento de críticas. CASTANHEIRA NEVES identifica uma tentativa de substituição do justo pelo bem-estar como móvel do Direito. Outra faceta dessa mudança seria a utilização de conceitos universais, tecnológicos e analíticos para a realização do direito. O uso da racionalidade econômica no direito encaixa-se naquilo que CASTANHEIRA NEVES de substituição da filosofia prática por uma “*teoria da sociedade politicamente intencionada*”.<sup>42</sup> O direito é concebido de modo a não ser mais um meio, que exprime valores, mas um fim, tendente a ser substituído por uma racionalização científica. A crítica ao direito não seria mais feita pelos meios, mas por seus efeitos. Com isso, há “*uma alteração de perspectiva do pensamento jurídico, já que o pensamento jurídico passara a ter uma índole fundamentalmente ‘consequencialista’*.”<sup>43</sup>

Essa alteração não significa apenas modificar os meios pelos fins. Vai além. Para que ocorra, é preciso substituir o fundamento do direito – a norma – pelos seus efeitos. Ao se operar esta mudança em favor da consequência, há um abandono da norma, que nada mais é que fundamento do direito. E é isto o que impede a interlocução do Direito com a Economia, pois com o abandono da norma, não há Direito. Segundo CASTANHEIRA NEVES, não se trata de alternativa oferecida pela própria ciência jurídica, mas de escolha sobre como os problemas serão resolvidos: ou pelo Direito ou pela Economia.<sup>44</sup> Não há, portanto, a possibilidade de diálogo entre o Direito e a Economia.

### 1.1.3. A contribuição da doutrina e da jurisprudência brasileiras

Os estudos e as críticas à AED não se restringem à literatura estrangeira. Na doutrina nacional há grupos contrários e a favor da utilização dos seus instrumentos.

<sup>41</sup> “A perspectiva welfarista consegue explicar as situações em que a regra geral de responsabilidade e atribuição de culpa são excepcionadas, mas uma abordagem estritamente deontológica encontra dificuldades óbvias”. GOLDBERG, Daniel. “Controle de políticas pelo Judiciário”, p. 68.

<sup>42</sup> NEVES, A. Castanheira. “Método jurídico”. Em: \_\_\_\_\_. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros, v. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 325.

<sup>43</sup> NEVES, A. Castanheira. “Método jurídico”, p. 329/330.

<sup>44</sup> “Pois o direito postula uma ordem justa da sociedade e não tão-só uma organização viável ou eficaz da mesma sociedade, tem a ver com o universo espiritual e de sentido, com o dever-ser de uma axiológica validade e com correlativos fundamentos normativos, não apenas com o mundo empírico da factualidade, da eficácia e dos efeitos. O direito é uma categoria ética, não uma categoria ‘científica’ – a sua racionalidade é prático-axiológica, não tão-só técnico-intelectual”. NEVES, A. Castanheira. “Método jurídico”, p. 330/331. No mesmo sentido: PINTO, Paulo Mota. “Sobre a alegada ‘superção’ do Direito pela análise econômica”. Em: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O direito e o futuro – o futuro do direito**. Lisboa: Almedina, 2008, p. 172-173.



Constata-se, entretanto, que os favoráveis a sua utilização concentram seus estudos no direito empresarial, no direito econômico e no direito civil.<sup>45</sup> Existem poucos estudos no campo penal. Os sectários do direito constitucional e da teoria do direito apresentam tendência a reprimir a AED, não dispensando interesse ao seu estudo. Talvez pela influência que DWORKIN exerça nas diferentes escolas brasileiras, os estudos da AED centram-se nas matérias empresariais, no direito de propriedade e na regulação pública, justamente aquelas disciplinas cujos interessados apresentam menos refração aos estudos positivos.

Um dos poucos estudos de teoria do direito é a análise de José Reinaldo LIMA LOPES, o qual parte da análise da riqueza e da eficiência para enfocar a questão da racionalidade. Enquanto a economia trabalha com uma análise prospectiva e possui a relação custo/benefício como modelo de racionalidade, o direito trabalha em uma perspectiva passada. Na economia, o agente reage conforme os estímulos que são dados, ao passo que no direito o agente já agiu, cabendo à norma e a seu aplicador verificar se a conduta está ou não conforme as leis.<sup>46</sup> Tais racionalidades seriam, portanto, inconciliáveis.

Outro ponto levantado por LIMA LOPES consiste na tentativa de se aliar uma razão normativa (o direito) com uma razão instrumental (a economia). O movimento da AED tenta aliar essas duas razões, colocando-as para resolver os mesmos problemas. Isso não é diferente, segundo Lima Lopes, do marxismo, o qual entendia que a economia – razão instrumental – permeava todos os campos, fornecendo-lhes uma superestrutura, e o direito não ficava alheio a tal influência.<sup>47</sup> No entanto, na economia, justamente por ser instrumental, há separação do resultado e da conduta do agente, de modo que se enfatiza os resultados. Já no direito, a moral liga o resultado à conduta agente.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> Ainda são tímidas as publicações exclusivas sobre a Análise Econômica do Direito no Brasil. A tarefa de efetuar enumerações de obras é sempre ingrata, pois revela o desconhecimento do autor em relação a outras fontes que possam existir. No entanto, é preciso correr esse risco. Podem-se enumerar poucas obras que dão o foco estudado neste trabalho: (i) a obra de CASTELAR PINHEIRO e Jairo SADDI, *Direito, economia e mercados*, a qual lembra os manuais norte-americanos sobre Direito e Economia; (ii) a obra de SADDI, *Crédito e Judiciário no Brasil*, o qual faz uma análise de como o Judiciário pode implementar e tutelar pelo crédito brasileiro; (iii) o estudo de Márcia Carla PEREIRA RIBEIRO e Irineu GALESKI JUNIOR sobre contratos empresariais, com ênfase na análise econômica, denominado de “*Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*”. Existem, ademais, duas compilações de textos sobre a Análise Econômica do Direito: a pioneira, de Rachel SZTAJN e Décio ZYLBERSZTAJN, fruto de um diálogo da Faculdade de Economia e Administração da USP e a Faculdade de Direito, intitulada de *Direito & Economia: análise econômica do Direito e das organizações*; e a mais recente, de organizada por Luciano Benetti TIMM, intitulada *Direito e Economia*. A referência completa das obras aqui mencionadas encontra-se no final deste estudo.

<sup>46</sup> LOPES, José Reinaldo Lima. “The traditional dialogue between law and economics”, p. 177/178. No mesmo sentido: LOPES, José Reinaldo Lima. “Raciocínio jurídico e economia”. **Revista de direito público da economia**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 137 -170, out./dez. 2004.

<sup>47</sup> LOPES, José Reinaldo Lima. “The traditional dialogue between law and economics”, p. 178.

<sup>48</sup> LOPES, José Reinaldo Lima. “The traditional dialogue between law and economics”, p. 178/179.

Após analisar a trajetória da legislação econômica brasileira, LIMA LOPES anota que a diferença entre as racionalidades pode ser sentida quando o Plano Collor foi levado ao Supremo Tribunal Federal.

Na Medida Cautelar ajuizada na ADI 534/DF houve um ensaio de alguns Ministros – Celso de Mello, Paulo Brossard e Néri da Silveira - para determinar a liberação dos cruzeiros bloqueados. Os Ministros mencionados ficaram vencidos. No entanto, nota-se que a AED foi utilizado como fundamento de alguns votos, em ambos os sentidos, ainda que de forma subconsciente, ou seja, não há qualquer indício de que os Ministros sabiam que estavam aplicando alguns preceitos da AED, mas o fizeram de forma empírica.

O Relator da Medida Cautelar, Min. Celso de Mello, realizou digressão doutrinária sobre o direito de propriedade, afirmando que a indisponibilidade de ativos financeiros configuraria violação ao direito de propriedade. Foi além: analisou que com a declaração de inconstitucionalidade da lei, a devolução de ativos financeiros não teria grande impacto econômico, pois já tinha sido efetuada a restituição de grande parte dos valores:

Dados oficiosos ministrados pela douta Advocacia-Geral da União, em memorial apresentado a esta Corte, evidenciam que o valor bloqueado, em 19/6/94, atinge a NCz\$ 8 trilhões e 187 bilhões, ou seja, pouco mais de um trilhão e quatrocentos bilhões de cruzados novos, sobre o valor aferido em março, o que constitui, numa perspectiva macroeconômica – e tendo presente, ainda, a existência de instrumentos regulatórios da liquidez na economia, postos à disposição do Governo Federal -, uma diferença pouco significativa, especialmente se se considerar que tal valor agrega os correspondentes juros e índice de correção monetária.

De qualquer maneira, porém, Sr. Presidente, é importante notar que o volume de recursos a serem liberados, nas próprias palavras de nova autoridade monetária, que é o Banco Central do Brasil, significativamente reduzido, eis que os dados fornecidos por esta mesma autarquia federal, passados três meses de seu levantamento – o que nos permite cogitar de uma redução ainda maior da massa de recursos pendentes de liberação - , autorizam concluir, a meu juízo, no sentido de que a liberação imediata do saldo residual não será de causar impacto maior que aquela que a comprovada devolução anterior aparentemente não provocou.<sup>49</sup>

A análise econômica de uma possível decisão favorável não parou por aí. O Min. Ilmar Galvão argumentou que a liberação dos ativos por parte do Judiciário poderia frustrar o Plano Econômico, cujos danos seriam imensuráveis. Já o Min. Paulo Brossard pontuou que a questão jurídica trazida nos autos não era “excepcional”, reputando que diante do confisco de ativos, o assalto ao trem pagador era mera “história da carochinha”. Brossard, em seu voto

<sup>49</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 534 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 27/06/1991. DJU: 01/08/1991; Os grifos são do próprio Ministro Relator.

que concedia a liminar, distinguiu a diferença entre a perspectiva *ex ante* e *ex post*, referentes à Economia e ao Direito. Confira-se:

Afirmou-se, por exemplo, que a liberação do dinheiro seqüestrado acarretaria deletérias conseqüências na economia do país. Além de não ser jurídica, a alegação dá como certo o que não foi demonstrado. Encerra típico círculo vicioso. A essa alegação seria de opor outra, com maior verossimilhança, segundo o qual o bloqueio causou dolorosas conseqüências na economia do país e na vida das pessoas – o desemprego, a recessão, a queda do produto interno bruto, a insegurança, a destruição do crédito público, sem eliminar a inflação. De qualquer sorte a alegação terrorista além de não ser jurídica, ficou indemonstrada. Não passou e não passa de uma afirmação e nada mais.<sup>50</sup>

Apesar de existirem votos favoráveis à liberação do dinheiro, na ação principal, ADI 534/DF, o STF não se pronunciou sobre a constitucionalidade da Lei, pois o ajuizamento tardio da ação declaratória de inconstitucionalidade fez com que a questão chegasse ao Tribunal depois que os efeitos decorrentes da lei já tinham sido exauridos. No entanto, do voto do Min. Celso de Mello, abre-se a brecha para que todos os que se sentiram prejudicados com o ato governamental ajuizassem demandas com esse propósito.<sup>51</sup>

Portanto, em que pese o ensaio de alguns Ministros em possibilitar a liberação dos valores bloqueados, como não houve o deferimento da liminar, pode-se concordar com LIMA LOPES quando afirma que o STF “*recusou-se a decidir a questão da constitucionalidade do programa de estabilização e não correu o risco de decidir sobre essa séria matéria com conseqüências imprevistas*”.<sup>52</sup>

Esse exemplo da liberação dos cruzados bloqueados pode não conter elementos explícitos de AED, mas indica uma sinalização de que, às vezes, nem sempre o Direito dá o tom, sozinho, nas decisões do STF. A análise das conseqüências do ato judicial é uma das facetas da AED que não pode ser desconsiderada.

Além disso, a AED fornece substrato para que conceitos econômicos não sejam modificados pela vontade legal. Existem conceitos econômicos como custo, preço, demanda,

<sup>50</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 534 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 27/06/1991, DJU: 01/08/1991.

<sup>51</sup> “A resenha doutrinária e jurisprudencial que vem sendo feita acentua, a meu juízo pessoal, o extremo relevo que assume a questão referente à indenização patrimonial dos prejuízos causados por ato inconstitucional emanado do Poder Político.

Esse tema, contudo – e como já foi ressaltado –, refoge ao âmbito estrito do processo de controle normativo abstrato, dado o seu caráter eminentemente objetivo, que repudia a discussão de situações jurídicas concretas e individuais, suscetíveis de apreciação em procedimentos judiciais instaurados por iniciativa da própria parte interessada”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 534/DF, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/1992, DJ 08-04-1994.

<sup>52</sup> LOPES, José Reinaldo Lima. “The traditional dialogue between law and economics”, p. 185.

os quais não podem virar faturamento, renda e oferta por simples disposição legal. O Min. HERMAN BENJAMIN, em voto-vencido no REsp 771.787, alertou seus companheiros de Turma que é preciso se socorrer de conceitos como o da elasticidade da oferta e da procura para a configuração do preço, e que isso não pode ser ignorado pelo Poder Judiciário. Tais conceitos, dinâmicos, permitem que haja real distribuição de ônus na relação jurídica. No caso mencionado, tratava-se de pedido de indenização em virtude de fixação do preço do setor de cana-de-açúcar pelo governo, a qual teria se dado em valor menor que o fixado como custo pela FGV. A tese dos recorrentes era a de que, em virtude disso, é devido indenização, calculada entre o valor custo fixado pela FGV e do preço fixado pelo governo. O Min. HERMAN BENJAMIN alertou seus colegas que a economia é dinâmica e que o recorrente gostaria de praticar o capitalismo sem risco, ou seja, não ter prejuízo algum.<sup>53</sup>

Em outro curioso caso, o STJ deparou-se com questão de indenização pelo acidente de carro. Uma senhora possuía um veículo comum, sem qualquer valor histórico, com ano de fabricação de 1983. Em 1992 esse veículo foi abalroado por um veículo do Município de São Paulo, ocasionando sua destruição total. A senhora ajuizou ação indenizatória pleiteando a reparação do veículo. Todavia, reparar o veículo ficaria mais caro que comprar um carro semelhante. O STJ decidiu que caso o conserto de um carro seja mais dispendioso que a aquisição de um veículo semelhante, é “antieconômico” determinar a sua restauração. Empiricamente, como se verá adiante, o STJ valeu-se do conceito de eficiência para decidir a questão.

O Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, relator desse Recurso Especial, realizou análise sobre a depreciação do bem e o quanto deveria ser indenizado. Conclui-se que, se o Município fosse condenado a dar um carro novo para a Autora, haveria enriquecimento sem causa do particular. Prosseguiu-se o raciocínio que não poderia indenizar a autora com o preço de um veículo ano 1983, pois já estavam em 1995 e o preço certamente seria inferior ao que o veículo valia na época do acidente. Decidiu-se, por fim, indenizar a autora no valor de um automóvel similar, com nove anos de uso.<sup>54</sup>

Poder-se-ia afirmar que esses três exemplos não possuem qualquer ligação com a AED e que se trata apenas de argumentação. Isso é válido apenas se for possível retirar o fundamento econômico dessas decisões e ainda assim elas continuarem a ter sentido. No caso dos cruzados novos, os argumentos utilizados em alguns votos não foram jurídicos, mas

---

<sup>53</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 771.787, Rel. Min. João Otávio Noronha, 2ª Turma, por maioria, DJ: 27/11/2008.

<sup>54</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 56.408/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. 1ª Turma, por unanimidade, DJ 10/04/1995.

econômicos. O próprio Ministro PAULO BROSSARD fez essa denúncia. Já no caso da indenização do setor sucroalcooleiro, o voto do Min. HERMAN BENJAMIN não teria qualquer sentido se ele não utilizasse o argumento/constatação de que a economia é dinâmica para indeferir a pretensão dos autores, analisando os conceitos de preço, custo e risco do empreendimento. Por fim, no caso do acidente de carro, ao refutar o que pedia a autora, por ser antieconômico, e ao realizar uma ponderação singela sobre desvalorização de bens, o Relator utilizou elementos de economia para basear a sua decisão. Caso não houvesse tais elementos, a decisão seria incompreensível. Tudo isso para dizer que, nesses exemplos acima mencionados, a AED fez-se presente para auxiliar na elaboração das decisões e não apenas como instrumento de retórica.

LIMA LOPES assinala outros exemplos em que a razão instrumental conversa com a razão normativa: (i) no direito processual, tanto civil como penal, no qual há a incidência do brocardo *pas de nulté sans grief*; (ii) na quantificação da pensão alimentícia para os filhos de pais separados, quando o juiz atua como administrador do binômio possibilidade/necessidade; (iii) na execução da pena, quando o juiz também atua como administrador da progressão de regime; (iv) na elaboração de termos de ajustamento de conduta (Lei 7.347/85). Nesses exemplos, o juiz deixa acobertado todo o “Império do Direito” para dar ênfase à Administração e à Economia.<sup>55</sup>

No entanto, quando o magistrado julga com elementos da Economia e da Administração, seu julgamento é, segundo LIMA LOPES, contingente, não necessariamente justo.<sup>56</sup> Nesses casos, apesar de não conhecer a compatibilidade de racionalidades, LIMA LOPES admite que o operador do direito tem que ficar preparado para o surgimento de formas de pensamento diferentes do jurídico. Ressalta, contudo, que a conversa entre Direito e Economia deve ser surda quando se trata de direitos fundamentais. Nestes casos, a racionalidade econômica não possui vez, pois os direitos existem *per si*.<sup>57</sup>

Ainda na Teoria do Direito, pode-se encontrar a obra de Alexandre MORAIS DA ROSA. O autor tece severas críticas à AED,<sup>58</sup> pois entende que o movimento compactua com o

<sup>55</sup> LOPES, José Reinaldo Lima. “The traditional dialogue between law and economics”, p. 185/189.

<sup>56</sup> LOPES, José Reinaldo Lima. “The traditional dialogue between law and economics”, p. 190.

<sup>57</sup> LOPES, José Reinaldo Lima. “The traditional dialogue between law and economics”, p. 191.

<sup>58</sup> O autor cita alguns estudiosos da AED em algumas passagens de seu texto. No início, quando afirma o objetivo do estudo, que é abordar a “Teoria da Decisão proposta pela AED, principalmente em Richard A. Posner” (p. 07). Em seguida, após mencionar HAYEK e FRIEDMAN, afirma que RAWLS e POSNER se associaram a estes discursos conservadores para formular suas teorias da justiça (p. 45). Menciona várias obras de Direito e Economia e de Direito econômico e concorrencial para traçar algumas linhas iniciais sobre o movimento (p. 56-17), citando por fim a questão dos custos de transação de Coase (p. 66). Por fim, dá algumas diretrizes sobre externalidade e eficiência (p. 71-83). Há mais construção do pensamento em torno de autores da sociologia, da psicanálise e da filosofia do que sobre autores do Direito e Economia. ROSA, Alexandre Morais. “Crítica ao

neoliberalismo e vê o Poder Judiciário como algo a ser “*‘domesticado’ aos anseios do ‘mercado’, sob pena de transformar – dizem – num obstáculo ao desenvolvimento econômico*”.<sup>59</sup> A partir das lições de AGAMBEN, vê a AED como um movimento que deseja dar uma aparência de decisões jurídicas apolíticas, o que surge como um estado de exceção efetuado por meio do discurso.<sup>60</sup> A AED é, para MORAIS DA ROSA, um jogo de “*cartas marcadas*” pois há prévio acordo sobre qual critério irá informar decisão.<sup>61</sup>

A partir de suas considerações, é de se perguntar se a prévia convenção entre significados e valores não é um pressuposto para que haja a Justiça. Há certos acordos sociais, geralmente trazidos na Constituição, os quais são verdadeiras cartas marcadas para o jogo. Colocar a eficiência, os estudos sobre as externalidades e os custos de transação neste jogo não é algo a ser demonizado. É algo a ser discutido, com conhecimento do que se critica e, principalmente, sem “pré-conceitos.”

Mesmo dentre os estudiosos do direito empresarial e do direito econômico, a utilização de instrumentos do movimento não encontra recepção total.

Paula FORGIONI argumenta que a AED pode ser utilizado como instrumento de implementação de políticas públicas,<sup>62</sup> desde que amparado por outros valores além da eficiência alocativa. Critica a “*paranóia*” em torno movimento, ao afirmar que muitos operadores do direito admitem o diálogo com a Sociologia, a Filosofia e a Psicologia, mas repelem a conversa com a Economia.<sup>63</sup> Com isso, perde-se valioso instrumental para atingir objetivos distintos da “*simples busca da eficiência alocativa*”.<sup>64</sup>

No entanto, segundo FORGIONI, não se pode pender para a “mistificação” da AED, ou seja, para entender que não é válido tudo o que não for eficiente. Alerta que a eficiência é desejada pelos mercados e, portanto, há campo fértil para a aplicação dos postulados do Direito e Economia no direito empresarial e concorrencial. Todavia, é preciso manter os olhos abertos para que o direito não se curve ao mercado, pois “*um discurso ‘pró-concorrencial’ e ‘pró-mercado’ pode ocultar, em alguns casos, a concepção do direito como mero vassalo dos determinismos econômicos*”.<sup>65</sup>

---

discurso da law and economics”. In: \_\_\_\_; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com o Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

<sup>59</sup> ROSA, Alexandre Morais. “Crítica ao discurso da law and economics”, p. 72.

<sup>60</sup> ROSA, Alexandre Morais. “Crítica ao discurso da law and economics”, p. 121.

<sup>61</sup> ROSA, Alexandre Morais. “Crítica ao discurso da law and economics”, p. 126.

<sup>62</sup> FORGIONI, Paula. “Análise econômica do direito: paranóia ou mistificação”, p. 419.

<sup>63</sup> FORGIONI, Paula. “Análise econômica do direito: paranóia ou mistificação”, p. 435.

<sup>64</sup> FORGIONI, Paula. “Análise econômica do direito: paranóia ou mistificação”, p. 436.

<sup>65</sup> FORGIONI, Paula. “Análise econômica do direito: paranóia ou mistificação”, p. 441.

FORGIONI conclui, por fim, que a relação entre o método jurídico e o método jus-econômico não deve ser de substituição ou oposição, mas de complementariedade,<sup>66</sup> permeada pela prudência na aplicação da AED, de modo a evitar a sua demonização bem como a sua mistificação.

Márcia Carla RIBEIRO e Irineu GALESKI JUNIOR, após realizar estudo sobre os críticos da AED, focam a aplicação desse movimento nas questões que envolvem eficiência e racionalidade, como é o caso dos contratos e da responsabilidade civil. Refutam, pois, a aplicação da AED para a solução de casos envolvendo direito fundamentais ou a vida humana.<sup>67</sup>

Ao analisar o indeferimento da liminar na ADIN nº 2435-4, a qual tratava de questionamento de lei fluminense que concedia desconto em medicamentos para idosos, Marga Inge BARTH TESSLER utilizou elementos de AED, como os custos de transação e externalidades negativas (por exemplo, possível aumento de preço para não-idosos) para avaliar as consequências de uma decisão liminar sobre tais descontos.

Após efetuar análise matemática do número de consumidores, do número de consumidores com mais de sessenta anos e da possibilidade de haver ou não o repasse do custo desse desconto a outros consumidores, dentre outras variáveis, TESSLER conclui que caso deferida a liminar, ou seja, caso suspensos os efeitos da lei, não haveria ganho nem perda para ninguém, pois haveria volta ao estado anterior. No caso de indeferimento da liminar, abrem-se duas hipóteses: haverá ou não o repasse aos consumidores. Havendo o repasse, quem perde é a massa de consumidores não-idosa, a qual arcará com o custo. Não havendo o repasse, quem perde são as farmácias, as quais perderão seus lucros. TESSLER conclui que “*o indeferimento da liminar custará aos ‘estados do mundo’ 4 milhões, eis o custo social da medida, segundo o aplicativo da AED, não sendo pois socialmente desejável*”.<sup>68</sup> No entanto, mesmo diante desse trabalho, TESSLER finaliza seu estudo alertando para o perigo em utilizar a Economia como fundamento único da decisão.<sup>69</sup>

As lições de COASE são amplamente utilizadas por Rachel SZTAJN na análise do direito empresarial brasileiro. SZTAJN defende que o modo de organização da atividade econômica proposta por COASE, a qual gira em torno da noção de firma como redutora dos custos de transação, é o “*mecanismo, até o presente, que melhor atende à busca de soluções*

<sup>66</sup> FORGIONI, Paula. “Análise econômica do direito: paranóia ou mistificação”, p. 441.

<sup>67</sup> RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos:** contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 117.

<sup>68</sup> TESSLER, Marga Inge Barth. Os efeitos econômicos e sociais das leis e decisões judiciais, **Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região**, Porto Alegre, ano 17, n. 61, 2006, p. 39.

<sup>69</sup> TESSLER, Marga Inge Barth. “Os efeitos econômicos e sociais das leis e decisões judiciais”, p. 40.

*para reduzir custos derivados dessas falhas de mercado”*.<sup>70</sup> Com a organização da firma, SZTAJN argumenta que há nítida separação entre empresa e empresário, algo que é caro ao direito empresarial.

Mas o interesse de SZTAJN na obra de COASE vai além da análise da firma. Ao estudar as externalidades e os custos de transação, a autora esmiúça vários artigos do Código Civil de 2002 para concluir que alguns dispositivos vão contra a segurança das relações econômicas, como é o caso da teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva. Clama aos juízes que considerem as possíveis externalidades de suas decisões, de modo que mudanças contratuais não gerem custos sociais desnecessários.<sup>71</sup>

Nesta ilustração de autores brasileiros que tratam da AED, insere-se a obra de Daniel GOLDBERG, o qual inova nos estudos sobre as políticas públicas ao propor que o welfarismo pode ser utilizado para formular tais ações no Brasil. Para tanto, o autor faz uso das lições de Neil KOMESAR em *Imperfect alternatives*<sup>72</sup> ao afirmar que “*chancelar uma política que não maximize bem-estar (e seja, nesse sentido, ineficiente) significa admitir como eticamente superior um arranjo que piore a situação de todos os envolvidos!*”.<sup>73</sup> O welfarismo, portanto, deve ser utilizado não apenas para verificar a questão do direito antitruste (foco principal da obra de GOLDBERG), mas pode ser aplicado a todas as escolhas políticas sobre o bem público, inclusive quando o Poder Judiciário é chamado a decidir questões envolvendo políticas públicas. GOLDBERG assevera que, nestes casos, a discussão

<sup>70</sup> SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 222.

<sup>71</sup> SZTAJN, Rachel. “Externalidades e custos de transação”. In ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado Moderno**: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. Malheiros, São Paulo, 2005, p.356.

<sup>72</sup> Nossas vidas estão inseridas num complexo em que as decisões são tomadas em escritórios ideais, por homens sem face e sem nome: o juiz, o empresário, o legislador, o capitalista. Como são tomadas essas decisões? Quais são os elementos que esses “seres impessoais” utilizam para decidir? São essas as preocupações de KOMESAR ao estudar os vários tipos de decisões, desde as tomadas pelo legislador até as concebidas pelo mercado. Sem a preocupação de escolher um modelo único, pois considera que “*a escolha é sempre uma escolha entre fortes alternativas imperfeitas*”, KOMESAR rechaça a idéia de que haja sempre um fórum ideal de discussões e de decisões. Muito embora seu estudo seja dirigido ao movimento “Direito e Economia” e sobretudo contra Posner, a sua análise sobre a escolha institucional encaixa-se no debate entre constitucionalismo e democracia. Isso porque se parte da premissa de que constitui erro ignorar que decisões cruciais sobre direitos, inclusive sobre políticas públicas, devem ser sempre revistas pelos juízes (constitucionalismo) ou pelos legisladores (democracia). De forma pragmática, KOMESAR sustenta que as decisões podem ser tomadas pelo mercado, pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário. O Poder Judiciário, segundo ele, possui as seguintes características, que o distingue dos demais: alto custo de acesso, produção em escala limitada e independência dos juízes. A diferença entre o Judiciário e as demais instâncias de decisão fica evidenciada na relação entre as partes e o Poder. Enquanto a relação com o poder político e o mercado é aberta, compreensível a quase todos, o Poder Judiciário é hermético. Além disso, o mercado e poder político podem perceber que existem certas demandas e, assim, podem agir espontaneamente, ao passo que o Judiciário é inerte. Não haveria, portanto, um local mais ou menos apropriado para formular políticas públicas. Ampliar em KOMESAR, Neil. **Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy**. Chicago: University of Chicago Press, 1994, p. 03/05, 123/128.

<sup>73</sup> GOLDBERG, Daniel. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Singular, 2006, p. 76.



sobre a Justiça deve prezar por uma visão consequencialista em detrimento de uma ótica deontológica ou normativa.<sup>74</sup>

Por fim, FARACO e MUNIZ identificam a aplicação potencial do Direito e Economia na análise dos atos submetidos ao CADE, afirmando que a avaliação da eficiência nos atos de concentração não deve descuidar da justiça distributiva e dos direitos do consumidor, escopos trazidos pela Lei 8.884.94.<sup>75</sup> Alertam, portanto, para a recepção de modelos vindos do exterior sem a devida compatibilização com o direito brasileiro. Segundo os autores, há “*incompatibilidade óbvia das elucubrações de Posner com a dogmática jurídica brasileira*”, mas isso não significa rejeitar os instrumentos que a economia fornece ao Direito.<sup>76</sup>

Concorda-se com os autores sobre a importação de modelos vindos do exterior. Realmente, transplantar as ideias de POSNER para o Brasil, sem qualquer juízo crítico, é pedir a rejeição da AED. No entanto, o movimento não consiste apenas nas ideias de POSNER, feitas para a realidade norte-americana. É preciso, pois, estudar o movimento sem paixões e ódios, tentando verificar qual a sua utilidade para o Direito brasileiro.

#### 1.1.4 Racionalidade econômica institucionalizada na lei: a suspensão de segurança

Apesar de haver objeções quando se trata do diálogo entre Direito e Economia, fato é que a própria lei admite que, por razões econômicas, uma decisão judicial seja suspensa. Tal previsão está contida no art. 4º da Lei 4.348/64 que assim dispõe:

Art. 4º. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à **economia** públicas, o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de dez dias, contados da publicação do ato” (destaque ausente no original).<sup>77</sup>

<sup>74</sup> GOLDBERG, Daniel. “Controle das políticas públicas pelo Judiciário”, p. 70.

<sup>75</sup> FARACO, Alexandre Ditzel; MUNIZ, Fernando. Análise econômica do direito e possibilidades aplicativas no Brasil. Análise econômica do direito e possibilidades aplicativas no Brasil. **Revista de direito público da economia**, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2005, p. 42.

<sup>76</sup> FARACO, Alexandre Ditzel; MUNIZ, Fernando. “Análise econômica do direito e possibilidades aplicativas no Brasil”, p. 43.

<sup>77</sup> A suspensão da segurança também é prevista pelo art. 12 da Lei n. 7.347/85, que trata da ação civil pública, e pelo artigo 4º da Lei 8.437/92.

A suspensão de segurança possui natureza de contracautela,<sup>78</sup> ou seja, visa suspender qualquer decisão que tenha efeitos imediatos proferida contra a economia pública. O Presidente do Tribunal não examina o mérito da decisão, mas apenas se os seus efeitos podem prejudicar a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas. É, pois, um julgamento político do Presidente do Tribunal.

Percebe-se que os tribunais utilizam-se, com respaldo legal, razões macroeconômicas para suspender decisões jurídicas. A Min. Ellen Gracie, na Suspensão de Segurança 3237, ao suspender decisão que modificava o regime de recolhimento do ICMS de uma refinaria de petróleo, levou em consideração as perdas que a economia do Estado do Rio de Janeiro enfrentaria caso a decisão persistisse. Segundo a Ministra: *“Observe, também a ocorrência da grave lesão à economia pública, na medida em que a arrecadação estadual perde vultosa quantia em decorrência do regime diferenciado concedido à Refinaria de Petróleos de Mangueiras S/A, fato que esse encontra devidamente atestado pelas autoridades fazendárias estaduais”*.<sup>79</sup>

Já o Min. César Asfor ROCHA, do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar um pedido de suspensão de segurança contra o deferimento do aumento de 33,66% nas tarifas do transporte público no Município de São Luís, Maranhão, cotejou tanto o interesse dos usuários quanto o interesse das concessionárias de serviço público. O Min. Presidente do STJ reconheceu ser:

(...) delicada a situação das empresas prestadores do serviço público de transporte de passageiros. Elas arcam com investimentos elevados, têm custos operacionais altíssimos e sofrem concorrência desleal do transporte irregular e/ou pirata de passageiros. Ao mesmo tempo, devem prestar um serviço público, por imposição da Lei 8.987/1995, adequado aos usuários do sistema e não pode ser obrigadas a funcionar com prejuízo.

No entanto, o Ministro reconhece que o aumento das tarifas, sem a realização de *“amplos estudos técnicos de composição tarifária”* impõe ônus maior aos usuários, os quais deverão pagar de imediato tarifas reajustadas sem critérios certos.<sup>80</sup> Percebe-se, portanto, que ao cotejar quem sairia mais prejudicado com uma decisão antecipatória, o Presidente do STJ

<sup>78</sup> Não é objeto do presente estudo cuidar da suspensão de segurança. CUNHA, Leonardo José Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. 4 ed. São Paulo: Dialética, 2006, p. 406/443; RODRIGUES, Marcelo Abelha. “A suspensão de segurança”. Em: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella. **Direito processual público: a Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Malheiros, 2003., p. 146/161; além da obra específica sobre o tema de VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>79</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, SS 3273 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 16/04/2008, DJU 19/06/2008.

<sup>80</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AgRg na SLS .943/MA, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/03/2009, DJe 30/03/2009.

concluiu que o usuário seria mais afetado, de modo a suspender o aumento tarifário. Nada mais é, portanto, que uma análise econômica simples de quem pode arcar mais com o prejuízo.

Ressalta-se, por fim, o Supremo Tribunal Federal considera, por maioria, a suspensão de segurança adequada aos mandamentos constitucionais, admitindo, portanto, que razões econômicas suspendam uma decisão judicial.<sup>81</sup> Percebe-se, portanto, que neste caso, a racionalidade econômica supera a racionalidade jurídica, determinando que o aplicador feche os olhos para o Direito e aplique apenas a Economia.

E ao superar a racionalidade jurídica, afasta-se a AED. Trata-se, pois, de análise econômica, sem qualquer amparo do Direito. São casos diferentes, portanto, dos três acórdãos mencionados acima. Neles, havia uma questão de fundo jurídica: a existência ou não de ato ilícito e a reparação desse ato. No caso dos cruzados, decidiu-se que havia o ato ilícito, mas que a sua reparação poderia ser obstada a fim de se preservar um Plano Econômico. No caso da indenização pela fixação de preços pelo governo, a AED serviu para o Ministro fundamentar seu voto no sentido de que não havia qualquer ato ilícito. Por fim, no acórdão referente à indenização por acidente de veículo, a AED deu os fundamentos para se delimitar o dano e para fixar as possibilidades de sua reparação.

Já no caso da suspensão da segurança, quando houver permissão legal, ignora-se qualquer legalidade ou ilegalidade da decisão judicial em nome da economia ou de fundamentos econômicos. Paradoxalmente, é a lei que estipula as hipóteses em que o Direito dará lugar aos fundamentos econômicos. A diferença não é meramente argumentativa: trata-se da função que a Economia possui nas decisões judiciais.

### 1.1.5 Possibilidade de aplicação da AED no Brasil

Ao privilegiar a eficiência alocativa, o direito estaria a premiar os mais fortes, deixando desprotegidos os oprimidos, aqueles que não possuem tantas armas para lutar contra os dominantes.<sup>82</sup> No entanto, economia e eficiência não são sinônimos de egoísmo e de opressão. Como pondera POSNER:

<sup>81</sup> A constitucionalidade da suspensão de segurança é contestada pelo Min. Marco Aurélio, que entende que a suspensão fere a isonomia processual, pois apenas o Poder Público pode utilizá-la, bem como promove um julgamento “*per saltum*” por parte do STF. Conferir seu entendimento em SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, SS 3259 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 07/04/2008, DJ: 15/05/2008;

<sup>82</sup> “*Há coisas (como a vida humana e a liberdade) que ainda não foram transformadas em mercadorias e não podem ser submetidas à lógica de mercado*”. FORGIONI, Paula. “Análise econômica do direito”, p. 434.

Não-economistas tendem a associar a economia com dinheiro, capitalismo, egoístico, reduções, uma irreal concepção humana de motivação e comportamento, um instrumental matemático formidável, tendente a conclusões cínicas, pessimistas e conservadoras. (...) Todavia, a essência da economia não é nenhuma dessas características. A essência é extremamente simples, muito embora a simplicidade decepcione (..) A maioria das análises econômicas consiste em traçar conseqüências a partir da premissa que as pessoas são mais ou menos racionais nas suas relações sociais.<sup>83</sup>

Assumir que apenas a eficiência ou o bem-estar devam guiar a decisão do juiz é negar o próprio sentido do direito. No entanto, ignorar que a eficiência e o bem-estar podem auxiliar nas decisões legais e jurídicas e, mais ainda, ignorar o instrumental que a AED coloca à disposição do operador jurídico consiste em preconceito dirigido a esse movimento.<sup>84</sup> Preconceito contra algo novo, contra as mudanças. É, também, um temor de que os juristas sejam substituídos por economistas. Isso não irá acontecer se o Direito, como espelho da sociedade, tiver entendido que, em certos casos, o justo deve estar aliado ao eficiente. No entanto, se a persecução pelo justo ignorar, em todas as matérias, a eficiência e o bem-estar, o espelho será quebrado.

São esses os parâmetros que devem guiar o aplicador no Direito quando se defronta com uma questão solucionável pela AED.

## 1.2 Análise econômica do Direito no *civil law*

Resta saber, portanto, se a AED, nascida em países da *common law*, pode ser utilizado em países da tradição romano-germânica. Neste estudo, o que importa são apenas as (supostas) diferenças entre os sistemas jurídicos, pois os economistas utilizam dos mesmos instrumentos e premissas em todos os locais do mundo. No entanto, as diferenças entre os dois sistemas jurídicos fogem do escopo deste trabalho. De nada acrescentaria esmiuçar o fato de que no *civil law*, o direito escrito exerce importante papel, ao passo que no *common law* o direito é feito pelos julgadores (“*judge-made law*”). Além disso, questiona-se a necessidade de se fazer tal distinção no momento em que se constata existir uma convergência dos sistemas. Essa convergência é gerada pelas intensas trocas – econômicas e sociais – entre tradições diferentes, bem como pela necessidade de uniformização de certas condutas nos

<sup>83</sup> POSNER, Richard. “Law and economics in common-law, civil-law and developing nations”, **Ratio Iuris**, v. 17, n. 1, mar. 2004, p. 70.

<sup>84</sup> FARBER, Daniel A. “What (if anything) can economics say about equity?”. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 6, mai. 2003, p. 40.

distintos países.<sup>85</sup> Se de um lado, observa-se uma codificação do direito consuetudinário – a qual pode ser chamada de “*civilification*”<sup>86</sup> ou “*age of statutes*”<sup>87</sup> –, por outro, constata-se uma valorização do precedente no direito de tradição romana (basta ver as súmulas vinculantes introduzidas pela Emenda Constitucional 45).

Além disso, não se pode esquecer que o Direito Administrativo nasceu das decisões do Conselho de Estado Francês. Isso porque o Conselho de Estado Francês estava alheio à submissão ao Código Civil, de modo que passou a “criar” as próprias regras sobre responsabilidade, serviços e contratos. Segundo Prosper WEIL:

E foi assim que, nesta linha de considerações, o próprio *Conseil d'Etat* forjou as regras aplicáveis à administração e que se afirmou a existência de um direito autônomo, isto é, de um direito que pode, sem dúvida, assemelhar-se num ou noutro ponto ao direito civil, mas que não retira a autoridade do *Code Civil*. O *Conseil d'État* segregou o direito administrativo como uma glândula segrega a sua hormona: a jurisdição precedeu o direito e sem aquela este não teria visto a luz do dia.<sup>88</sup>

Ao analisar a AED nos países de tradição da *civil law*, POSNER afirma que o objetivo do direito, nestes países, é o mesmo dos países da *common law*: a proteção dos direitos de propriedade e a liberdade de contrato, garantidos por juízes desinteressados.<sup>89</sup> No entanto, continua a reafirmar que a *common law* contém mais espaço para a eficiência que a tradição civilista. A razão dessa superioridade da *common law* sobre *civil law* está nos juízes: segundo POSNER, os juízes ingleses e americanos possuem grande experiência na advocacia antes de serem nomeados para os tribunais federais, ao passo que os juízes da tradição civilista seguem carreira, o que não lhes permite usufruir dos benefícios e dos conhecimentos que a advocacia

<sup>85</sup> Há quem questione essas “supostas” diferenças entre os sistemas. Segundo MATTEI e PARDOLESI, a diferença origina-se do fato de que no momento pós-revolução francesa, havia uma necessidade de contenção do Poder Judiciário. Como o modelo jurídico francês foi coroado com o Código Napoleônico, toda e qualquer aplicação desse código, fora da Europa, levava consigo a ideia de um sistema em que a Lei tinha um papel essencial. A imagem tida dos países da *civil law* pelos países da *common law* é, portanto, uma caricatura. Concluem seu pensamento com o seguinte: “*Em outras palavras, mesmo que algumas introduções gerais ao direito comparado não partam do mesmo ponto de vista, as diferenças entre as famílias jurídicas nunca foram tão grandes a justificar o quadro de balizamento legal que alguns veem como limitador das oportunidades de êxito da AED na Europa*”. MATTEI, Ugo; PARDOLESI, Roberto. “Análisis económico del derecho en países de tradición civil: un enfoque comparativo”. Em: ROEMER, Andrés (comp.). **Derecho y economía: una revisión de la literatura**. México, DF: Centro de estudios de gobernabilidad y políticas públicas, 2000, p. 367.

<sup>86</sup> ARAUJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 1.047.

<sup>87</sup> MATTEI, Ugo. **Comparative law and economics**. Michigan: University of Michigan Press, 1997, p. 83-84. MATTEI cita a existência, nos EUA, de um Código Uniforme Comercial e de um Modelo de legislação penal. No mesmo sentido: CALABRESI, Guido. **A common law for the age of statutes**. Union, New Jersey: Lawbook exchange, 1999, p. 02.

<sup>88</sup> WEIL, Prosper. **O direito administrativo**. Trad. Maria da Glória Pinto Ferreira. Coimbra: Almedina, 1977, p. 15.

<sup>89</sup> POSNER, Richard. “Law and economics in common-law, civil-law and developing nations”, p. 76.

lhes proporciona antes do ingresso na carreira.<sup>90</sup> A questão, portanto, passa ao largo da suposta eficiência ou não das leis de tradição civilista, pois é apenas um aporte relacionado à estrutura das carreiras jurídicas nos dois sistemas, não necessariamente válido.

A diferença entre os sistemas, portanto, não impede o estudo da AED nos países da tradição civil. Basta constatar que a maioria das obras doutrinárias não coloca a diferença entre os sistemas como um óbice para o estudo da matéria. Uma rápida consulta às obras de referência da AED revela que essa preocupação é secundária.

Fernando ARAÚJO, em seu volumoso estudo sobre Teoria Econômica dos Contratos, argumenta que tanto o direito consuetudinário quanto o direito de tradição romana podem ser eficientes ou ineficientes. O que deve ocorrer é uma análise da eficiência de cada regra e decisão, sem qualquer preocupação do sistema a que estão ligados. ARAÚJO chega a dizer que a idéia de que a AED melhor adapta-se ao *common law* porque esse sistema é mais eficiente consiste em “arrogante pretensão” dos estudiosos do movimento.<sup>91</sup> Trata-se, pois, de analisar caso a caso.

ARAÚJO vai além ao perceber que as normas do direito de tradição romana possuem vantagem sobre o direito consuetudinário: uma vez que o estabelecimento das normas elimina custos de transação e diminui os riscos, a *civil law* teria essa vantagem sobre a *common law*. Segundo ele:

(...) o ‘Civil Law’ apresenta uma vantagem não despicienda: a de permitir que critérios de eficiência se insinuem nas próprias balizas das decisões judiciais, com uniformidade e transparência, poupando aos juízes os custos de individualmente tentarem incorporar nas suas decisões critérios de eficiência com os quais rectificassem as normas, tarefa decerto menos eficiente e mais exposta à descoordenação e à incongruência, uma das razões decerto pelas quais a abordagem econômica à Teoria do Contrato tende muitas vezes a privilegiar a posição do legislador em detrimento do julgador, também porque o legislador tem as mãos livres para moldar soluções novas, não estando tão amarrados a precedentes (ao menos formalmente).<sup>92</sup>

No mesmo sentido, STAJN e GORGA argumentam que a interação entre os sistemas torna o questionamento sobre a eficiência das duas tradições, bem como sobre a possibilidade de aplicação do direito e economia à *civil law*.<sup>93</sup>

<sup>90</sup> POSNER, Richard. “Law and economics in common-law, civil-law and developing nations”, p. 77.

<sup>91</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**, p. 1.041.

<sup>92</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato** p. 1.042.

<sup>93</sup> SZTAJN, Rachel; GORGA, Érica. “Tradições do direito”. Em: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 185.

Percebe-se, portanto, que não há empecilhos maiores para a aplicação da AED aos países de tradição romana. Basta realizar uma análise da eficiência caso a caso, procurando aplicá-la, quando possível, nas decisões judiciais.

### 1.3 Algumas nuances do Análise Econômica do Direito: noções elementares

Superados esses obstáculos – o diálogo entre o Direito e a Economia e a possibilidade de sua aplicação nos países de tradição romana – convém apreciar quais os instrumentais que esse movimento utiliza para a resolução de seus problemas.

#### 1.3.1 Eficiência

Ao lado da maximização dos resultados e do equilíbrio do mercado, a eficiência é um dos conceitos centrais da AED. Mas de que eficiência se fala?

Há dois tipos de eficiência que a AED pode utilizar na formulação de seus conceitos: a produtiva e a alocativa. A eficiência produtiva consiste na situação em que se chegou ao máximo da produção, com custos mínimos, ou quando não é possível produzir mais mercadorias utilizando os mesmos custos de produção.<sup>94</sup>

Já a eficiência alocativa consiste na situação em que o bem está nas mãos daquele que lhe dá maior valor.<sup>95</sup> Um exemplo simples ilustra o conceito: Em uma negociação para venda de um bem, “A” deseja vendê-lo por x, ao passo que “B” dispõe-se a pagar até 2x pelo mesmo bem. Uma solução que preze pela eficiência alocativa fará com que o bem passe a ser de B. Por outro lado, grande parte do Código Civil destina-se à alocação de bens: desde o direito de propriedade até o direito sucessório, tudo envolve a alocação de recursos. No entanto, isso passa despercebido do operador do Direito, que prefere ignorar a questão econômica existente na lei.

A Economia, por sua vez, possui dois conceitos de eficiência alocativa.

O primeiro deles é o ótimo de Pareto. Segundo esse critério, quando os bens são alocados de forma eficiente, todas as trocas entre seus titulares geram benefícios, até o momento em que alguém perderá com as trocas. Um exemplo simples pode auxiliar na compreensão do ótimo de Pareto: certo possuidor de terras possui um terreno situado fora da

---

<sup>94</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & economics**. 5. Ed. Boston: Pearson Education, 2007, p. 17.

<sup>95</sup> ROSA, Christian Fernandes Gomes da. **Eficiência como axioma da Teoria Econômica do Direito**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, 2008, p. 50.

área do porto organizado, mas com possibilidades de exploração desta área por um terminal portuário. Ele deseja vender seu terreno por  $x$ . Um empresário, que deseja iniciar um projeto para a exploração de um terminal portuário, oferece o mesmo valor  $x$  para o proprietário do terreno. Não há perdas para ninguém.

Se o empresário avaliar o terreno por  $x+I$  e pagar essa quantia pela propriedade, não haverá perda, pois foi o valor pelo qual julgou a utilidade – no caso, possuir o terreno. Nesse caso, haverá um Pareto superior, pois a condição de todos melhorou, sendo que para alguns houve uma melhora, sem a piora da condição do outro. No entanto, suponha-se que o empresário avaliou o terreno por  $x+I$ , no entanto, induzido em erro pelo vendedor, comprou, na realidade, quantidade  $y$  alqueires de terra a menos do que previsto na matrícula imobiliária do imóvel. No caso, houve um Pareto inferior, pois a condição do vendedor melhorou às custas de uma piora da condição do comprador.

O ótimo de Pareto é, portanto, aquela situação em que há ganhos, mas não há perdas. Pareto superior é a situação em que, apesar de existir ganhos superiores para um indivíduo, não há perda para outros. Já o Pareto inferior é a situação em que há perdas. Neste caso, não há eficiência. Na teoria, aliar a eficiência ao ótimo de Pareto é sedutor, pois evoca a ideia de ganhos sem perdas, prejuízos ou danos.

O problema do teorema de Pareto surge quando o trazemos para a vida real, complexa, com nuances. No exemplo acima, a relação entre vendedor e comprador, caso efetivado o negócio, atinge as propriedades lindeiras, pois dependendo do uso que será dado ao terreno, tais propriedades poderão valorizar-se ou não. Dessa forma, se uma relação A-B revela um Pareto superior, a mesma relação, se inserida na sociedade, não é apenas linear, mas em rede, pois há outros atores sociais envolvidos nela.

Outro exemplo é o caso de uma vacina para cura de determinada doença genética e, para o custeio dessa vacina será cobrado  $x$  de cada contribuinte, mesmo daqueles imunes à doença. Na situação individual, os contribuintes não-doentes pagarão – e perderão – por algo que nunca usufruirão diretamente. A questão ficaria isenta de questionamentos sob a perspectiva moral e ética, até mesmo pelo princípio da solidariedade, a questão ficaria isenta de questionamentos, se aplicado o teorema de Pareto, a solução encontrada não é albergada pelos pactos solidários.<sup>96</sup>

---

<sup>96</sup> Outras duas hipóteses derrubam o teorema de Pareto. A primeira é que as pessoas nem sempre fazem escolhas perfeitas: uma pessoa viciada em drogas pagará o que for preciso para obter a droga, de modo que, para ela, os ganhos serão sempre perdas. Outro exemplo é o caso de distribuição de riquezas: se um terreno situado no centro de futuro empreendimento imobiliário valer  $10x$  e se o proprietário desse terreno for uma pessoa pobre e ignorante, qualquer valor razoável, dentro daquilo que ele considere valioso, será o suficiente para a compra do



É por isso que se procuram alternativas ao critério de Pareto. A mais conhecida delas é o critério de Kaldor-Hicks. Por esse critério, uma solução é eficiente se produzir mais ganhos que custos. Corolário disso é a necessidade de compensação por parte dos ganhadores em favor dos perdedores. Se não houver compensação, os perdedores devem consentir com a mudança.<sup>97</sup>

Percebe-se que os ganhadores devem ganhar mais que as perdas dos seus oponentes, do contrário, não haverá como compensá-los. Quando os ganhos são superiores em relação às perdas, há acréscimo de riqueza e, portanto, a troca foi eficiente.

A compensação seria feita pelas leis de mercado, quando os custos de transação fossem baixos. Isso poderia ser verificado quando aquele que ganhou muitos recursos com a nova alocação de bens estivesse disposto a compensar os valores exigidos pelos prejudicados.

No entanto, essa compensação pelas leis do mercado nem sempre é possível com custos de transação baixos. É aqui que entra a importância do Direito, para regular tais operações. O Direito estabelece a regras de responsabilidade civil, aplicada por instituições, as quais irão resolver os problemas relacionados à eficiência compensatória.<sup>98</sup>

Uma questão surge dessa utilização do Direito no critério de Kaldor-Hicks: se há necessidade de utilizar-se da responsabilidade civil e das instituições jurídicas (Judiciário, arbitragem) haveria mesmo uma eficiência? Parece que, neste caso, se a Lei não oferecer uma solução imediata, internalizada pelas partes envolvidas, levar a questão para outras esferas diferentes da negocial não faria com que a transação fosse eficiente.

Tanto a eficiência produtiva quanto a eficiência alocativa podem ser encontradas no Direito.

A alocação de recursos é algo presente no Direito, o qual deve procurar soluções para resolver os problemas decorrentes de falhas nessa alocação. Por isso, o Direito pode fornecer respostas que contribuam com a eficiência perseguida pelo sistema.

Um exemplo disso é a definição dos direitos de propriedade. Ao afirmar que “*a propriedade do solo não abrange as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais*

terreno. Outra crítica dirigida ao teorema de Pareto é o seu comprometimento com as preferências sociais em detrimento das preferências comunitárias. ADLER e Eric POSNER defendem um aprimoramento da análise custo-benefício, levando em conta o bem-estar. Sugerem que é a melhoria do bem-estar que deve nortear a ação das agências, de modo que a eficiência será constatada se a situação da população estiver melhor. Aprofundar em ADLER, Matthew; POSNER, Eric. **New foundations of cost-benefit analysis**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 19. No mesmo sentido: ADLER, Matthew; POSNER, Eric. *Rethinking cost-benefit analysis*. **Yale Law Journal**, v. 109, 1999, p. 11/33.

<sup>97</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & economics**, p. 47; POSNER, Richard. **The economics of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1983, p. 88 e sgs.

<sup>98</sup> ROSA, Christian Fernandes Gomes da. **Eficiência como axioma da Teoria Econômica do Direito**, p. 56.

*de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos por leis especiais*”, o Código Civil, no art. 1.230, está resolvendo previamente uma questão de alocação de direitos e, com isso, diminuindo os custos de transação. Ora, se previamente o proprietário sabe que se descobrir uma mina de determinado mineral valioso em sua propriedade, certamente irá refletir se vale a pena ou não lutar por uma alocação de recursos diferente da prevista em lei.

O direito sucessório é corolário do direito de propriedade. Ao se definir as regras de distribuição de bens do *de cujus*, o Código Civil elimina vários custos de transação, pois atenua as disputas que podem decorrer da abertura do inventário. É uma forma, portanto, de procurar uma solução eficiente.

Por outro lado, a eficiência produtiva também é encontrada na lei. O exemplo mais recorrente é o artigo 37 da Constituição da República, modificado pela Emenda 19/98, o qual prevê explicitamente o princípio da eficiência. Observe-se: “*A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...*”.

A inclusão do princípio da eficiência no quadro normativo do direito público brasileiro ocorreu dentro da chamada Reforma do Estado, movimento que procurou diminuir a atuação do Estado nas atividades privadas, restringindo sua ação a um núcleo estratégico, o qual engloba as funções estatais clássicas (executivo, legislativo e judiciário), bem como a função de regulação. Essa diminuição foi necessária porque o Estado, com suas inúmeras atuações, estava imobilizado.<sup>99</sup> Seria preciso modificar esse paradigma para recuperar não apenas o Estado, mas a sua governança e governabilidade. Enquanto a reforma política, capaz de propiciar a governabilidade, ainda não aconteceu, a reforma administrativa revelou-se não apenas nos programas em privatização,<sup>100</sup> mas também na mudança do regime jurídico administrativo e na aplicação desse regime.

No entanto, o fato de haver a previsão da eficiência na Constituição não traz, de pronto, mais um princípio de controle da administração pública, em razão da abstração do conceito. É preciso definir claramente o que seja uma ação eficiente na administração pública: prestar um melhor serviço, reduzir custos, agir de maneira célere e transparente? Bockmann

---

<sup>99</sup> Ampliar no item 2.1.

<sup>100</sup> Sobre um conceito de privatização, com todas as suas nuances, ver OTERO, Paulo. Coordenadas jurídicas para a privatização da Administração Pública. Em: Os caminhos da privatização da Administração Pública: IV colóquio uso-espanhol de Direito Administrativo. **Studia Iuridica** 60. Coimbra: Coimbra, 2001, pp. 31 –57.

MOREIRA faz o alerta para o sentido vazio que da eficiência no quadro constitucional brasileiro:

*Por outro lado, sua inserção não gerará qualquer novidade ou benefício concreto. O controle da eficiência não parte de norma genérica e abstrata de conduta. Exige configuração precisa e minuciosa, mediante pautas de comportamento predefinidas – que estabeleçam normativamente o alcance de específicos resultados e a utilização dos recursos certos. Caso contrário inexistirá a ‘relação’ definidora da eficiência. Porém, a configuração dessas pautas não dependeria da positivação de um princípio constitucional e a sua inserção no caput do art. 37.*

Por fim, não há qualquer inovação constitucional (ou infraconstitucional) que exija a inserção de tal princípio na Carta Magna. As atuais mutações da atividade administrativa pública dizem respeito ou à empresa privada (que tem por gênese a eficiência, independentemente de qualquer previsão normativa), ou às atividades públicas essenciais, especialmente não-lucrativas..<sup>101</sup>

O fato de o autor sustentar que aplicação da eficiência constitucional não é imediata, dependendo de regulação, não esvazia a diretriz constitucional. Na verdade, é uma ordem, dirigida ao legislador e ao regulador, para que forneça o instrumental necessário para a aferição dos graus de eficiência, não sem antes definir o que é eficiente para determinados fins. Portanto, a eficiência está ligada à legalidade.

E justamente por ser abstrato que a eficiência pode ser considerada um princípio jurídico, o qual norteará todo o regramento jurídico-administrativo. Muito embora dependa de concretude (a qual será dada pelos reguladores), tenha nascido do diálogo entre a Economia e o Direito e não faça parte da tradição histórica do constitucionalismo nacional, a eficiência foi incorporada na Constituição como princípio do regime jurídico administrativo, sendo desnecessária qualquer discussão sobre a sua natureza jurídica.<sup>102</sup>

A despeito das críticas lançadas à eficiência, BOCKMANN MOREIRA traça um conteúdo ao princípio da eficiência sem apelar para noções de economia, tampouco para os conceitos de eficiência alocativa ou produtiva. O conteúdo do princípio da eficiência é

<sup>101</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 171. No mesmo sentido, a posição de Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO para quem o princípio da eficiência é “*algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto. De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o o dever administrativo por excelência*” Em: MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 117-118.

<sup>102</sup> Discorda-se, portanto, de Egon BOCKMANN MOREIRA, o qual sustenta que a eficiência não é um princípio jurídico. MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**, p. 171.

extraído da própria Constituição, por meio de uma interpretação sistemática com os outros princípios do regime jurídico-administrativo. Segundo o autor:

“Será eficiente a Administração Pública que cumprir com excelência a lei e a moral, de forma impessoal e pública. A violação a qualquer um desses princípios implica inequívoca violação à eficiência. O princípio configura máxima instrumental, que deve ser utilizada de molde a atingir excelentemente as demais previsões constitucionais.

(...)

Daí por que o princípio constitucional na eficiência pode ser compreendido como a necessidade de o ato administrativo atingir e produzir o efeito útil ou adequado, tal como previsto em lei, de forma transparente, moral e impessoal. É o cumprimento da finalidade normativa, adequada a gerar os efeitos esperados pelo ordenamento. Trata-se do contraste entre os resultados atribuíveis à ação administrativa em vista das previsões normativas: relação entre o concretamente realizado e a perspectiva ideal da atividade administrativa”.<sup>103</sup>

Muito embora o conceito jurídico do autor possa ser aplicado, nada impede que, na AED, se admita que o princípio da eficiência da Administração Pública possua o mesmo conceito que a eficiência produtiva: produzir o máximo com o menor custo possível, desde que respeitada a legalidade.

A Lei n. 8.666/93, por exemplo, prevê os diversos tipos de licitação: menor preço, melhor técnica, a de técnica e preço, a de maior lance ou oferta (art. 45, §1º). Em quase todos os tipos é possível verificar que o princípio da eficiência produtiva está presente. Na licitação pelo menor preço (inciso I), ou seja, aquela em que há vantagem para a Administração porque o licitante oferece o mesmo produto por um preço inferior a de seus correntes, a solução mais eficiente para a administração pública é a contratação pelo menor custo/mesmo benefício. Já na licitação por melhor técnica e pela técnica e preço (incisos II e III), há a contratação pela melhor relação entre o custo apresentado e o benefício (técnica) ofertado.

Já nas hipóteses de alienação de bens ou concessão de direito real de uso (inciso IV) há a presença da eficiência alocativa, pois se discute quanto cada agente valoriza a propriedade que está em posse da Fazenda. A proposta que melhor valorizar a propriedade será a mais eficiente para a Fazenda.<sup>104</sup>

<sup>103</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**, p. 193/194. Humberto ÁVILA também fornece um conceito jurídico para a eficiência. Segundo o professor gaúcho, “o dever de eficiência traduz-se, pois, na exigência de promoção satisfatória dos fins atribuídos à administração pública, considerando promoção satisfatória, para esse propósito, a promoção minimamente intensa e certa do fim”. ÁVILA, Humberto Bergmann. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. **Revista brasileira de direito público**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1 p. 124, abr./jun 2003.

<sup>104</sup> Sobre os tipos de licitação, ampliar em JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos**. 9 ed. São Paulo: Dialética. 2002, p. 413/417.

Conclui-se, portanto, que a seleção da proposta mais vantajosa,<sup>105</sup> nas licitações, nada mais é que a aplicação dos conceitos de eficiência produtiva e alocativa no direito público brasileiro.

### 1.3.2 As falhas de mercado

Mercado é o local em que ocorrem as trocas, sejam de mercadorias, sejam de valores. É, portanto, um espaço de convívio e de trocas. Amartya SEN conceitua-o como “*um sistema básico pelo qual as pessoas podem interagir e dedicar-se a atividades mutuamente vantajosas*”.<sup>106</sup>

Como um espaço de interação, os mercados não são locais ruins, parafraseando Dante Alighieri, nos quais todos os que nele entram despem-se de esperança. O problema da desigualdade, da opressão, da concentração de poder econômico não advém do mercado, mas de suas falhas. Menos mercado ou acabar com os mercados não significa melhor distribuição de riquezas, pois “*na medida em que se entenda mercado como uma instituição que vise a criar incentivos, reduzir incertezas, facilitar operações entre pessoas, fica clara a idéia de que mercados aumentam a prosperidade e, portanto, o bem-estar geral*”.<sup>107</sup> Cabe, portanto, a todos os agentes envolvidos, mas sobretudo ao jurista e ao regulador, contribuir para a construção de estruturas de mercado que evitem os prejuízos causados pelas falhas de mercado, ou seja, situações em que o “*mercado opera de forma desequilibrada*”.<sup>108</sup>

A importância da lei para os mercados evidencia-se no momento em que se constata que o mercado não é algo natural. É construído pelo direito.<sup>109</sup> Mercados são instituições

<sup>105</sup> JUSTEN FILHO, ao dissertar sobre a “vantajosidade”, utiliza critérios econômicos e jurídicos para defini-la. A “vantajosidade” seria a conjugação da melhor proposta (racionalidade econômica) com respeito aos princípios da isonomia e dos direitos e garantias individuais (racionalidade jurídica). Segundo o autor: “É certo que a Administração deverá obter a proposta mais vantajosa. Mas selecionar a proposta mais vantajosa não é suficiente para validar a licitação. A obtenção da vantagem não autoriza violar direitos e garantias individuais. Portanto, deverá ser selecionada a proposta mais vantajosa mas, além disso, têm de respeitar-se os princípios norteadores do sistema jurídico, em especial o da isonomia. Por mais vantajosa que fosse a proposta selecionada, não seria válida licitação que violasse direitos e garantias individuais”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos**, p. 59.

<sup>106</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 169.

<sup>107</sup> SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**, p. 34.

<sup>108</sup> NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência**: compartilhamento de infra-estruturas e redes. São Paulo: Dialética, 2006, p. 27.

<sup>109</sup> SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**, p. 32.

socioeconômicas de circulação de riquezas e bens. A ideia *laissez-faire* é, portanto, um mito, pois “*mercados livres dependem da existência do direito*”.<sup>110</sup>

IRTI afirma que os mercados necessitam de uma ordem, no sentido de que carecem de certeza para agir.<sup>111</sup> A liberdade de mercado clama, portanto, pelo claro regramento das atividades. Isso porque a segurança propicia liberdade. Em um ambiente inseguro, a liberdade de mercado não pode ser plenamente exigida. Portanto, “*mercado implica ordem e liberdade*”.<sup>112</sup> Isto é constatado com o fato de que mesmo antes da codificação do direito comercial, os mercadores já haviam estabelecido uma série de regras de conduta e obrigações decorrentes da atividade econômica.<sup>113</sup>

Diante disso, IRTI afirma que o mercado é construído artificialmente pelo Direito, refletindo uma decisão de política econômica, a qual é traduzida na norma.<sup>114</sup> A ligação entre o mercado e a decisão política fica clara quando contrapostos os diversos níveis de liberdade econômica existentes. Há Estados em que a liberdade é máxima; há outros, em que a liberdade é mínima. Tudo fruto de uma decisão política, a qual é refletida na construção dos mercados.

O ideal é que os participantes do mercado tenham acesso às mesmas informações, a fim de embasar suas escolhas e suas negociações. Além disso, em um mercado ideal, monopólios são antagonistas no desenrolar da história e devem ser evitados a qualquer isso. Por fim, seria ideal que apenas aqueles que pagassem por determinado serviço fossem beneficiados por ele, de modo a não haver uso sem a devida contraprestação. Com esses elementos, define-se o mercado ideal, no qual o preço é definido segundo a lei da oferta e da procura e todos os agentes possuem paridade de armas.

O mercado pode ser simbolizado como uma grande feira livre. Nela existem consumidores e vendedores, dispostos a fazer trocas, de modo a aumentar o lucro do vendedor e a satisfazer as necessidades do consumidor. O vendedor deve conhecer os produtos que vende, mas é imprescindível que o consumidor também saiba reconhecer se determinada leguminosa foi cultivada ou não com agrotóxicos, se os peixes estão frescos, se o abacaxi está ou não maduro. Do contrário, a troca pode não ser perfeita, pois o vendedor terá muito mais informações que o consumidor e pode usar isso a seu favor, prejudicando a satisfação das necessidades do comprador.

---

<sup>110</sup> SUSTEIN, Cass. **Free markets and social justice**. New York: Oxford University Press, 1997, p. 05.

<sup>111</sup> IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. Roma: Laterza, 2003, p. 04.

<sup>112</sup> SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**, p. 40.

<sup>113</sup> SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**, p. 57.

<sup>114</sup> IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**, p. 10/11.

Nessa feira, caso apenas um ou poucos feirantes detenham todas as barracas, eles poderão colocar o preço que desejarem nos produtos, nem oferecer qualquer diferencial de qualidade. A relação de livre concorrência e a configuração dos preços conforme a lei da oferta e da procura fica comprometida. Imagine-se que nesta feira há um grande feirante, que detém 80% das barracas, e feirantes independentes. O grande feirante pode praticar preços predatórios, com vistas a quebrar os feirantes independentes. Não haveria, portanto, paridade de armas.

Com o exemplo da feira, é possível perceber que o mercado e as falhas de mercado não são realidades distantes. Se isso pode ocorrer na relação mais simples entre consumidor e vendedor, imagine-se quando está diante de grandes investidores e da utilização de infraestrutura para o serviço público. As falhas de mercado podem assumir grandes proporções, comprometendo o conceito material do serviço público.

Os mercados não necessariamente trabalham com valores como a moral e a justiça. Por mais que hoje haja uma corrente acadêmica que confere ética aos mercados,<sup>115</sup> aliada a um discurso de “responsabilidade social”, há tendência natural das pessoas desenvolverem as atividades que desejam como bem entendam. É por isso que entra também o direito, a fim de diminuir essa liberdade para adequá-la à sociedade.<sup>116</sup> Essas normas podem coibir o abuso do poder econômico e, até mesmo, determinar que as atitudes do empresário sejam transparentes.

As falhas de mercado devem ser estudadas para se entender como o mercado funciona. Será utilizada a classificação de COOTER e ULEN das falhas de mercado: assimetria de informações, monopólio e concentração de mercado, externalidades e bens públicos.<sup>117</sup>

#### 1.3.2.1 Assimetria de informações

O preço pode não revelar todas as informações sobre determinado produto. Para verificar se uma troca é eficiente, é preciso conhecer todas as variáveis que o compõem. No entanto, com frequência, o fornecedor ou prestador de serviço não expõem tais variáveis: não mencionam, por exemplo, ter utilizado mão-de-obra infantil na colheita de determinadas frutas, tampouco que o preço de custo de determinado alimento corresponde a um sexto do valor pelo qual está sendo vendido. Certos agentes possuem, portanto, mais informação que

---

<sup>115</sup> ABRAMOVAY, Ricardo. Eficiência e equidade podem sim andar juntas. **Valor econômico**, 04 set. 2008.

<sup>116</sup> SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**, p. 41.

<sup>117</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & economics**, p. 42-47.

outros para auxiliar na tomada de decisão. Essa detenção de informação essencial por apenas um dos contratantes denomina-se *assimetria de informações*.

A assimetria de informações nem sempre é algo indesejado e pode ser propositalmente calculado: imagine-se que para a informação sobre as condições climáticas, o vendedor necessite pagar pelo serviço quantia maior que vale a sua colheita ou, ainda, que para investigar a composição do preço de determinada fruta, o consumidor necessite gastar muito tempo, prejudicando o seu trabalho. Esse custo para obter a informação é denominado de custo de transação e será analisado adiante. Por ora, basta ter em mente que determinados tipos de dados podem ser exclusivos de uma das partes, o que causa a assimetria de informações e pode comprometer o andamento do mercado.

Em razão disso, muitas vezes o Direito faz com que os exploradores de atividade econômica prestem às partes interessadas determinadas informações que ajudarão a forjar suas decisões. Um exemplo singelo é a obrigação que os produtores de cigarro possuem de alertar os consumidores dos danos que o tabagismo pode causar. Sem a imposição legal, qual produtor diria que seu produto traz malefícios à saúde? <sup>118</sup>

Informar, portanto, é essencial à manutenção das estruturas de mercado e condição para que a concorrência não seja exercida de forma abusiva. Mas como informação é poder, o papel do Estado é relevante para definir quais informações devem ser divulgadas para que não haja comprometimento do livre mercado. <sup>119</sup> Isso porque, “*quando os agentes econômicos realizam trocas com base em informações incompletas sobre os custos e benefícios que cada um terá como resultado de uma transação, o mercado falha e, por conta própria, não maximiza o bem-estar social*”. <sup>120</sup>

Um exemplo explícito da aplicação de mecanismos para minimizar a assimetria de informações é o disposto no artigo 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor, o qual prevê o direito de informação aos consumidores. O direito à informação e seus desdobramentos, como a publicidade, são pilares do regime consumerista e visam a atenuar a assimetria de informações.

Além disso, a questão da assimetria de informações pode ser encontrada nos deveres do concessionário para o poder concedente. No caso dos concessionários, há dever de prestar as informações e entregar os documentos exigidos pelo Poder Concedente. O concessionário

<sup>118</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 148.

<sup>119</sup> COELHO, André Felipe Canuto. Assimetria informacional e colapso regulatório: o caso Anatel. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 17, jan./mar/ 2007, p. 09.

<sup>120</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 259.



não possui sigilo empresarial: todas as ações da empresa voltadas para a prestação do serviço público devem ser de potencial conhecimento do Estado.<sup>121</sup> No entanto, preservam-se às invenções e descobertas desenvolvidas pelo concessionário para a prestação daquele serviço. O sigilo, portanto, deixa de existir apenas na prestação do serviço em si.

No entanto, como pondera JUSTEN FILHO, às vezes a informação é tão privilegiada que nem o Estado possui acesso a ela.<sup>122</sup> Quando o custo para a obtenção de uma informação de determinado setor é alto, a ignorância do Estado é dita racional, pois ele internaliza o seu desconhecimento sobre o assunto e procura meios de minimizá-lo.<sup>123</sup>

A assimetria de informação pode ter dois efeitos. O primeiro é a seleção adversa, pela qual se ignora as características do outro agente e as suas intenções. A compra e venda de veículos usados é um exemplo. O comprador dificilmente saberá a real qualidade do bem – se foi batido, como foi utilizado, qual a verdadeira quilometragem – ao passo que o vendedor possui tendência a supervalorizar seu veículo.<sup>124</sup>

Mesmo raciocínio pode ser aplicado na Administração Pública. Nas contratações públicas, o edital de licitação visa não apenas observar a igualdade entre os licitantes. É uma maneira de a Administração Pública conhecer os potenciais contratantes. Ao exigir qualificação econômica e técnica, compreendido aí experiência anterior e lastro patrimonial, a Administração Pública tenta evitar os riscos da seleção adversa.

Já o outro efeito da assimetria de informação é o risco moral. Se os perigos da seleção adversa devem ser minimizados na fase pré-contratual, o risco moral faz parte da conduta pós-contratual. O risco moral é a conduta que o agente pode ter, na execução do contrato, diante de informação privilegiada a ser utilizada em benefício próprio. Um contratante de seguro de carro, por exemplo, fornece todas as informações requisitadas pela seguradora: se o carro é guardado em garagem ou não, quem dirigirá o carro, quantos quilômetros o carro transitará por ano. A seguradora calcula o prêmio do seguro com base em tais informações. Se o segurado deixar seu veículo estacionado na rua, todos os dias, bem como se o condutor for outro que não o explicitado na apólice, a conduta do segurado revelará um risco moral a ser suportado pela seguradora.<sup>125</sup>

---

<sup>121</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 510.

<sup>122</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 36.

<sup>123</sup> ARAUJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**, p. 286.

<sup>124</sup> AKERLOF, George. "The Market for 'Lemons': quality, uncertainty and market mechanism". **The Quarterly Journal of Economics**, v. 84, n. 3, aug. 1970, p. 488–500.

<sup>125</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & economics**, p. 53.

A assimetria de informação, com seus efeitos – seleção adversa e risco moral –, é uma falha de mercado e deve ser minimizada pelo Estado. No entanto, anulá-la é tarefa de Sísifo. Aos contratantes – públicos ou privados – cabe tentar conviver com essa assimetria de informação, sempre visando às trocas eficientes.

### 1.3.2.2 Monopólios e concentração de mercado

Nos monopólios, uma empresa está em uma situação em que explora, com domínio, certa atividade econômica em mercado relevante e, com isso, pode estabelecer os preços como bem entender. Mercado relevante “*é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado*”.<sup>126</sup> No exemplo da feira, pode-se dizer que o mercado relevante é determinada feira-livre, situada numa região do Município, que ocorre em dias certos da semana. Não se pode, portanto, fazer a análise nacional de todas as feiras-livres para se analisar a questão do monopólio. Isso porque dificilmente uma pessoa irá fazer compras rotineiras em outro Município ou, até mesmo, em outra região do Município. A situação muda se o agente produtor atuar em todo território nacional ou se o comprador adquirir de outros pontos do território.<sup>127</sup> É por isso que se diz que “*a delimitação do mercado relevante implica, necessariamente, a identificação do mercado no qual atua determinado agente econômico (ou agentes econômicos)*”.<sup>128</sup>

Nas situações de monopólio, como o detentor pode estabelecer o preço de seus produtos sem que esteja em regime de concorrência, a fixação dos preços dá-se de forma artificial,<sup>129</sup> de modo a prejudicar a distribuição de renda, a estabilidade econômica e a alocação de recursos econômicos. A distribuição de renda é afetada porque se prejudica os consumidores em favor dos acionistas da empresa, pois se eleva o preço aos consumidores e os lucros excessivos vão para os investidores. Já a estabilidade econômica pode ser atingida pois, uma vez que a fixação de preços dá-se fora do regime de competição, há a possibilidade de que haja inflação. Além disso, como o detentor do monopólio tende a utilizar menor mão-

<sup>126</sup> FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 200.

<sup>127</sup> FORGIONI identifica alguns fatores que podem auxiliar na delimitação do mercado relevante geográfico: os hábitos dos consumidores (se eles percorrem ou não grandes distâncias atrás de um produto), a incidência dos custos de transporte (o custo de transporte pode isolar os mercados), as características do produto (um produto congelado pode viajar longas distâncias; já um produto fresco não possui tal característica), os incentivos de autoridade locais e a existência de barreiras à entrada de novos agentes econômicos. Em: FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 205/206.

<sup>128</sup> FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**, p. 200.

<sup>129</sup> NUSDEO explica que a fixação de preços no máximo possível significa a multiplicação dos consumidores que desejem adquirir o produto confira para o monopolista uma receita superior ao custo, de modo a maximizar seus lucros. NUSDEO, Fabio. **Curso de economia**, p. 273.

de-obra, há tendência ao desemprego.<sup>130</sup> Constata-se, portanto, existir uma discrepância entre o preço e o lucro no monopólio.

Mas não é apenas esse problema que deflui dos monopólios. Como é o único o explorador de determinada atividade, tradicionalmente afirma-se que ele não possui interesse nas inovações gerenciais e tecnológicas, seja para reduzir os seus custos, seja para melhorar o serviço e produto apresentados a seus consumidores. Como invenções e descobertas tecnológicas custam caro, bem como a inovação na prestação do serviço configura risco, não haveria estímulos para que o explorador de um monopólio modificasse a forma como o serviço ou produto são apresentados aos consumidores.<sup>131</sup>

Todavia, os benefícios da inovação tecnológica não seriam sentidos apenas pelos consumidores, mas também reverteriam favoravelmente ao explorador do monopólio. Isso porque, se com as inovações tecnológicas houver redução de preços aos consumidores, eles tenderão a perceber menos as falhas do serviço ou produto e, portanto, deixarão de reclamar contra os preços forjados em monopólio e os lucros excessivos de seus acionistas.<sup>132</sup>

Com isso, POSNER afirma que o melhor caminho para os monopólios não é ficarem sob a sombra, mas procurarem a inovação, nem que isso reduza os lucros no curto prazo. É a garantia que o monopólio terá vida longa.<sup>133</sup> Além disso, com a inovação tecnológica, os exploradores de monopólio podem descobrir novas técnicas e, com isso, alongar sua exclusividade na exploração de determinado serviço ou produto.<sup>134</sup>

Desse modo, em razão do valor que se dá a tecnologia, sobretudo em uma sociedade em que as comunicações de alta velocidade e o design são cada vez mais valorizados, pode-se concordar com as lições de POSNER, que *“a mudança tecnológica, a qual tem criado muitos produtos valiosos e frequentemente reduz os custos de produtos já existentes em uma grande escala de magnitude, é provavelmente mais importante para o bem-estar econômico da sociedade que a eficiência estática, seja ela alocativa ou interna”*.<sup>135</sup> Percebe-se, portanto, que a atualização tecnológica tem que ser perseguida por todos, consumidores, Estado, empresas, em regime de monopólio ou não.

É por isso que NUSDEO afirma que os monopólios absolutos são raros, uma vez que a constante pesquisa tecnológica pode descobrir novos produtos que substituam os então

<sup>130</sup> POSNER, Richard A. **Natural monopoly and its regulation**. Washington, D.C.: Cato Institute, 1999, p. 04/05.

<sup>131</sup> POSNER, Richard A. **Natural monopoly and its regulation**, p. 31; 36-37.

<sup>132</sup> POSNER, Richard A. **Natural monopoly and its regulation**, p. 39.

<sup>133</sup> POSNER, Richard A. **Natural monopoly and its regulation**, p. 40.

<sup>134</sup> POSNER, Richard A. **Natural monopoly and its regulation**, p. 43.

<sup>135</sup> POSNER, Richard A. **Natural monopoly and its regulation**, p. 44.

produzidos pelo monopólio. Ele cita dois exemplos esclarecedores: a produção do etanol e o aparecimento dos automóveis. Até os anos 80, o combustível utilizado pelos veículos era exclusivamente os derivados de petróleo, quais sejam, a gasolina e o óleo diesel. Com o aparecimento do etanol, houve substituição, ainda que gradual, do produto, de modo que o detentor do monopólio do petróleo teve que se atualizar para também fornecer o produto. Outro exemplo é a substituição do transporte ferroviário pelo rodoviário. Com o aparecimento dos automóveis, o transporte ferroviário brasileiro não se transformou, não ofertou inovações tecnológicas para competir com os automóveis, de modo que o poder de seu monopólio – então exercido pela RFFSA – ficou obsoleto e não pode fazer frente às novas tecnologias.<sup>136</sup>

Outra crítica lançada aos monopólios consiste na relação irresponsável que eles travam com os consumidores, pois conscientes de que não há outra escolha. No entanto, segundo POSNER em digressão sobre a realidade norte-americana, o mesmo raciocínio que foi utilizado para as inovações tecnológicas pode ser utilizado na relação cliente-monopólio: o incentivo para que haja uma boa prestação de serviço ou produto oferecido é a satisfação do cliente e, portanto, a sobrevivência dos monopólios.<sup>137</sup> Isso, é claro, não se aplica aos monopólios públicos e aos legais. Neste, o consumidor não possui mesmo outra escolha. Aqui entra a função do regulador, a qual será analisada adiante.

Além disso, há a possibilidade de concorrência desleal, com uso da prática, por exemplo, de preços predatórios. O explorador do monopólio utiliza sua posição para praticar o preço que bem entender, nem que isso diminua os seus lucros, de modo a prejudicar as outras empresas. Também pode utilizar seu poder econômico para forçar as empresas menores se aliarem a ele, não descartando a hipótese de compra dessas empresas.<sup>138</sup>

Cabe, portanto, ao Estado, por meio de suas estruturas de controle da concorrência, primar para que os efeitos das situações de monopólio sejam minimizados.

### 1.3.2.3 Externalidades

O Código Civil, no artigo 189, determina que *“aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”*. Da leitura desse dispositivo legal, percebe-se que

<sup>136</sup> NUSDEO, Fabio. **Curso de economia**, p. 273-274.

<sup>137</sup> POSNER, Richard A. **Natural monopoly and its regulation**, p. 45

<sup>138</sup> Novamente essa característica é criticada por POSNER, o qual afirma que não apenas os monopolistas praticam tais atitudes, mas várias outras empresas, tanto é que essa é a razão da existência de leis antitruste e regulação comercial. POSNER, Richard A. **Natural monopoly and its regulation**, p. 50-51.

há sempre um responsável pelo dano (o causador) e uma pessoa que suportará os efeitos do dano (a vítima).

Todavia, não foi este o caminho observado por Ronald COASE, ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1991. Ao analisar a poluição causada por fábricas, COASE inovou no entendimento do problema ao afirmar que não apenas a fábrica causava poluição, mas também as pessoas que viviam ao redor das fábricas eram responsáveis pelos danos causados a elas próprias. Isso porque, caso as pessoas não estivessem instaladas em locais próximos às plantas industriais, não seriam atingidas pela poluição. Como o problema tem origem recíproca, a pergunta a ser feita é: “*quem causa o dano maior?*”<sup>139</sup> Na verdade, a preocupação de COASE gira em torno da eficiência, sem se preocupar com a responsabilidade ou o causador do suposto ato ilícito. Com isso, deixa-se de lado a relação de causalidade para dar lugar a uma relação de eficiência.

COASE analisa o problema sob a ótica dos custos de transação, ou seja, todos os custos necessários para descobrir dados sobre o outro contratante, o objeto contratado, a condução de negociação, a redação do contrato. Tudo isso gera um custo.<sup>140</sup> O modelo eficiente, na sua concepção, seria aquele em que os custos de transação fossem iguais a zero, sem necessidade de definição legal dos direitos de propriedade, ou seja, sem qualquer tipo de intervenção estatal. Esse é o Teorema de Coase, o qual pode ser resumido como: “*Quando os custos de transação são zero, o uso eficiente dos recursos resulta de negociações privadas, sem necessidade de alocação legal dos direitos de propriedade*”.<sup>141</sup>

Pegue-se o exemplo de uma igreja que produz um barulho intenso durante seus cultos, atrapalhando os vizinhos que não compartilham daqueles ritos. Se a igreja e vizinhos se entendessem sobre como deveria ocorrer a atuação da igreja e como os vizinhos deveriam suportar o barulho, a solução seria perfeita. Segundo o Teorema de Coase, se o produtor do barulho e os vizinhos chegassem a um consenso, pouco importaria a regulamentação legal sobre assunto, tampouco quem é responsável e quem deve arcar com o custo. Como percebe FRIEDMAN, o Teorema de Coase é o *laissez-faire* de uma maneira mais sofisticada.<sup>142</sup>

<sup>139</sup> COASE, Ronald. “El problema del costo social”. ROEMER, Andrés (comp.) **Derecho y economía: una revisión de la literatura**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 513. Há uma tradução para o português: COASE, Ronald. “O problema do custo social”. Trad. Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2003, p. 136.

<sup>140</sup> COASE, Ronald. El problema del costo social. Em: ROEMER, Andrés (comp.) **Derecho y economía: una revisión de la literatura**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 526.

<sup>141</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & economics**, p. 89.

<sup>142</sup> FRIEDMAN, David. **Law’s order: what economics has to do with law and why it matters**. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 39.

No entanto, caso não houvesse consenso ou os custos de transação para obtê-lo fossem elevados, a lei assumiria papel relevante.<sup>143</sup> A Lei auxilia na diminuição desses custos de transação ao definir o direito de propriedade. Ao afirmar que é proprietário de determinado imóvel aquele que possui o registro do título no Registro de Imóveis (art. 1.245, Código Civil), a lei evita que haja discussão sobre qual o conceito de propriedade que deve imperar. Imaginemos que, se não houvesse lei definindo o direito de propriedade, em cada terreno haveria uma discussão para definir a propriedade e isso geraria custos. A lei poderia, portanto, definir quem deve arcar com o barulho: se é a Igreja quem deve instalar isolamento acústico ou se são os vizinhos quem deve providenciá-lo.

Mas não apenas a lei auxilia na diminuição dos custos de transação. Paradoxalmente, uma empresa não utiliza como fator de organização o mecanismo de preços, mas a hierarquia. O empresário não necessita negociar, a todo o momento, o valor a ser pago pelos serviços do empregado. Pelo contrário, negocia uma única vez, no momento da contratação inicial, e eventualmente passa a negociar durante o dissídio anual. Esse contrato inicial, além de fixar a remuneração e os direitos e deveres trabalhistas, prevê a relação de subordinação e direção existente entre empregador e empregado. Isso faz com que a organização da firma seja mais eficiente, pois o contrato de trabalho dá ao empregador a possibilidade de dirigir todos os outros fatores de produção.<sup>144</sup> Na empresa, o sistema de preços dá lugar a uma decisão administrativa.

O custo de transação, dentro da empresa, seria zero. Utilizando o direito de propriedade e a organização da empresa, pode-se *“adquirir os direitos legais de todas as partes e o reordenamento das atividades não se realizaria sobre um reordenamento dos direitos mediante contrato, mas como resultado de uma decisão administrativa sobre como os direitos devem ser utilizados”*.<sup>145</sup>

As empresas são estruturadas de forma a facilitar a coordenação das atividades econômicas para os mercados, de modo a organizar os fatores da produção. Podem ser entendidas como forma de “instituição social”.<sup>146</sup>

Mas a teoria da empresa não resolveria todos os problemas, sobretudo quando a questão posta envolve muitas pessoas. A teoria da empresa só se aplica quando os custos

<sup>143</sup> Segundo COOTER e ULEN, é corolário do teorema de COASE o seguinte *“Quando os custos de transação são altos o suficiente para as negociações, o uso eficiente dos recursos dependerá da maneira como os direitos de propriedade são assinalados”*. Em: COOTER, Robert. ULEN, Thomas. **Law & economics**, p. 89.

<sup>144</sup> COASE, Ronald. *“La naturaleza de la empresa”*. Em: ROEMER, Andrés (comp.) **Derecho y economía: una revisión de la literatura**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 561/562.

<sup>145</sup> COASE, Ronald. *“El problema del costo social”*, p. 527.

<sup>146</sup> SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**, p. 67.

administrativos sejam inferiores aos custos de transação e quando essa redefinição nos direitos de propriedade seja definitiva, sem necessidade de mutações a todo momento.<sup>147</sup> Os custos de transação dificilmente serão zero.

Outra solução, segundo COASE, é a regulação. Regular, segundo Vital MOREIRA, é “*alterar o comportamento dos agentes (produtores, distribuidores, consumidores), em relação aos que eles teriam se não houvesse a regulação, isto é, se houvesse apenas as regras do mercado*”.<sup>148</sup> Dessa forma, quando os atingidos fossem muitos, o governo poderia retirar a questão do sistema de preços – portanto, do mercado – e fazer com que parte desse problema fosse afetado à regulação. O governo pode, portanto, colocar limites na emissão de barulho, pode definir a necessidade de os emissores de barulho colocar isolamento acústico em sua propriedade, pode delimitar zonas urbanas para a exploração de atividades que gerem barulho.<sup>149</sup>

Seja por meio da negociação direta, da organização de uma firma ou da regulação, não se pode negar que todo e qualquer tipo de solução encontrada trará consigo custos. Não se pode preferir uma ou outra solução sem avaliar os custos que ela ensejará. A regulação governamental nem sempre será, economicamente, mais viável que a solução do mercado. Quanto maiores os custos de transação, mais complexa a solução jurídica a ser dada para determinado problema. Não há, pois, uma forma pré-definida de redução dos custos de transação. É por isso que ARAÚJO afirma que:

(...)a intuição mais revolucionária do ‘Teorema de Coase’ é a de que a ausência de custos de transação asseguraria a solução socialmente eficiente em praticamente todas as circunstâncias, em qualquer quadro de afectação inicial de recursos – daí se retirando, a contrario, que é a elevação dos custos de transação que gradualmente vai requerendo uma mais forte presença da solução jurídica, ao menos daquela que propicie a mais eficiente afectação inicial de recursos.<sup>150</sup>

Segundo COASE, é preciso avaliar a relação custo/benefício que surgirá com a eliminação de todos os efeitos nocivos ao meio ambiente ou com a permissão que tais danos continuem.<sup>151</sup> A solução proposta por ele consiste em verificar quais os custos envolvidos e

<sup>147</sup> COASE, Ronald. “El problema del costo social”, p. 527.

<sup>148</sup> MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 36

<sup>149</sup> Privilegiando a sua teoria da empresa, COASE compara o governo a uma firma. Para ele, “o governo é, em certo sentido, uma superempresa (mas de uma classe muito especial), já que é capaz de influenciar no uso dos fatores de produção mediante decisões administrativas”. COASE, Ronald. El problema del costo social, p. 528.

<sup>150</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**, p. 201.

<sup>151</sup> COASE, Ronald. “El problema del costo social”, p. 537.

em admitir que as externalidades de determinada produção possam ser consideradas como custos de produção.

#### 1.3.2.4. Bens públicos

Bens coletivos ou públicos, para a economia, são aqueles bens em não é possível a individualização, a privatização, tampouco a exclusão do acesso pelas regras de mercado, de modo que várias pessoas podem utilizar o mesmo bem.<sup>152</sup>

Segundo Moreira, *“os bens públicos econômicos satisfazem necessidades cujos custos de produção não podem ser (ou simplesmente não são) arcados individualmente pelas pessoas privadas, ao mesmo tempo em que todos se beneficiam passivamente da sua existência”*.<sup>153</sup>

Algumas das funções clássicas do Estado, como a defesa nacional e a diplomacia são considerados bens públicos. O Estado presta-os para a população independente de pagamento específico e os benefícios deles decorrentes (bem como os malefícios) atingem a todos.

No entanto, um exemplo mais próximo do dia-a-dia daqueles que moram em grandes cidades pode ilustrar a questão dos bens coletivos. Até há pouco tempo, os moradores de condomínios verticais não possuíam hidrômetros individuais em suas unidades habitacionais, de modo que toda a água utilizada pelos condomínios era rateada pelos condôminos. Se não há controle do que é consumido individualmente, não há incentivo para o uso consciente da água, pois o custo será rateado entre todos indistintamente.<sup>154</sup> Isso faz com que haja o aparecimento de uma figura chamada *“free rider”*, ou seja, aquele que espera o benefício sem um custo, o qual será suportado por outros.<sup>155</sup> O agente *“pega carona”* na conduta de outrem, sem que esse possa evitar a sua conduta, tampouco seja remunerado por isso.

A questão que se coloca é como fazer com que as pessoas gastem menos água e não se aproveitem da sua própria conduta para lesar os vizinhos e o próprio meio-ambiente. Uma solução é a adotada por alguns municípios de exigir, nas novas construções, hidrômetros individuais.

<sup>152</sup> NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência**, p. 28; RIBEIRO, José Joaquim Teixeira. **Lições de finanças públicas**. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 22/24.

<sup>153</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Tese (Doutorado UFPR), 2004, p. 54.

<sup>154</sup> MAGENTA, Matheus. *SABESP admite cobrança individual de consumo de água em condomínios de SP*. Folha online, 16/12/2008, <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u480261.shtml> Acesso em 25 ago 2009.

<sup>155</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & economics**, p. 46.



A segurança é outro exemplo. Imagine-se uma rua, em que quase todos os moradores resolvem pagar por um sistema de vigilância monitorada por câmeras, mas uma parcela de moradores resolve não aderir ao programa. Esses últimos moradores serão beneficiados pelo incremento de aparato de segurança na rua mesmo sem ter contribuído para sua instalação.

Disso conclui-se que enquanto os bens privados admitem o uso exclusivo, os bens públicos possuem como característica a não-exclusão e a não-rivalidade, ou seja, não há concorrência entre bens públicos. COOTER e ULEN dão um interessante exemplo para a relação bens públicos e privados. O alto-mar é livre para as navegações, não possuindo qualquer restrição, tampouco o pagamento de taxa para navegação. É, pois, um bem público (e aqui não está a se discutir a questão da pesca predatória). Pode-se, a partir desse exemplo, imaginar que os locais para fundeio e atracamento de navios são escassos, com uso excludente (nenhum corpo pode ocupar o mesmo local ao mesmo tempo) e admitem a concorrência. Trata-se, portanto, de um bem privado em termos econômicos.<sup>156</sup>

Cabe anotar, por fim, que o conceito econômico de bens públicos, que é amplamente utilizado na AED, difere do conceito jurídico, o qual se refere aos bens pertencentes às pessoas de direito público.<sup>157</sup> A concepção de bem público utilizada neste trabalho não é a do Direito, mas a da Economia.

### 1.3.3 Situação de Monopólio Natural

Se o monopólio configura uma falha de mercado, existem certas situações em que ele decorre naturalmente da relação: investimento necessário x custo de produção x produtividade. Pegue-se o exemplo da distribuição de energia elétrica: por mais que alguém deseje entrar no mercado de distribuição, o custo para isso é proibitivo, pois importaria duplicar a estrutura já existente. Desse modo, uma única empresa pode atingir o nível de produção com o custo menor que muitas outras pequenas empresas teriam,<sup>158</sup> de modo que seu custo unitário é decrescente a medida que a produção aumenta.<sup>159</sup> A isso se chama economia de escala. “*Economia de escala é a condição de produção na qual quanto maior o nível de bens*

<sup>156</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas, **Law & economics**, p. 109.

<sup>157</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 46.

<sup>158</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & economics**, p. 35.

<sup>159</sup> NUSDEO, Fabio. **Curso de economia**, p. 274.

*produzidos, menor o custo médio de produção*".<sup>160</sup> Isso porque a economia de escala exige custos fixos de implantação, ou seja, os custos acontecerão independentes da produção.

Quem explora, portanto, uma atividade exercida em economia de escala detém uma situação de monopólio natural. Se o monopólio é algo indesejável na economia de mercado, o monopólio natural é algo com que o regulador não pode destruir, para o bem da própria economia. O foco deixa de ser o número de agentes econômicos e passa a ser a tecnologia utilizada.<sup>161</sup> Isso porque combater a situação de monopólio natural implica aumento de custos de transação e, portanto, não é eficiente.<sup>162</sup>

Todavia, o regulador tem a tarefa de não deixar com que o detentor do monopólio natural abuse de sua posição. É aqui que entra o papel do Estado, com a regulação. Isso porque o detentor de situação de monopólio natural tende a fixar os preços por meio de métodos artificiais, tendentes ao abuso de sua condição. Se outrora o método de neutralização dos monopólios naturais era a nacionalização de empresas,<sup>163</sup> hoje a regulação ganha força como método de controle de preços e da qualidade do serviço prestado. A regulação serviria, portanto, para exercer a função que a competição exerceria, caso estivesse presente no monopólio natural.

#### 1.3.4. Contratos incompletos

Contratos incompletos são contratos de longo prazo, cujos efeitos e problemas fogem da previsão dos contratantes.<sup>164</sup> Como em um casamento, em que nenhum dos nubentes sabe o que será construído durante a união, tampouco se haverá mudança de comportamento entre os cônjuges, os contratos de longo prazo estão sujeitos a mudanças. Nos contratos de longo prazo, o risco é uma constante.

As concessões de serviço público são contratos incompletos de longo prazo. Por demandarem altos investimentos, o empreendimento só será rentável se a concessão tiver

<sup>160</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & economics**, p. 35.

<sup>161</sup> POSNER, Richard A. **Natural monopoly and its regulation**, p. 01.

<sup>162</sup> Esse entendimento sobre a existência de monopólio natural não é unânime. Há quem diga que a atividade prestada sob a forma de serviço público ou que demande grande investimento em infraestrutura não difere de uma atividade com grandes custos, como a instalação de uma planta de indústria automobilística em determinada região. Segundo ROTHBARD, "*public utility*" industry does not differ conceptually from any other, and there is no nonarbitrary method by which we can designate certain industries to be "*clothed in the public interest*," while others are not. Em: ROTHBARD, Murray N. **Man, economy and state: a treatise on economic principles**. 2 ed. Auburn, Alabama: Ludwig von Mises Institute, 2004, p. 703.

<sup>163</sup> NUSDEO, Fabio. **Curso de economia**, p. 274.

<sup>164</sup> STAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no Código Civil de 2002. In ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado Moderno: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. Malheiros, São Paulo, 2005, p. 325

assegurado tempo hábil para o retorno do capital investido mais o período necessário para se obter lucro. Em vista disso, por exemplo, a maioria das concessões de rodovias possui prazo superior a vinte anos.

Durante esse longo prazo, muitas nuances no cenário sócio-econômico podem mudar. Há vinte anos, por exemplo, o Brasil engatinhava na democracia e vivia período de turbulenta inflação. Quem pode predizer o que acontecerá nos próximos vinte anos?

Sem nem os teóricos exercem tal estudo de “futurologia”, os contratantes também não o podem. Primeiro por razões óbvias: não se sabe o que acontecerá no futuro. Além disso, fechar o contrato de concessão com todas as possibilidades gera um custo de transação muito grande, que pode não interessar às partes. É preciso *“reconhecer que a elaboração e a execução de um contrato tende a tornar-se mais dispendiosa quanto mais extensos são os riscos que pretende recobrir”*.<sup>165</sup> No caso dos contratos, é necessário avaliar se prever os riscos e preencher lacunas é vantajoso para os contratante. COOTER e ULEN sintetizam a relação de custo-benefício ao se preencher as lacunas contratuais. Segundo os autores, *“se as partes negociam explicitamente as cláusulas de alocação de riscos, é certo que elas suportaram custos de transação. Se elas deixam uma lacuna, é provável que elas suportarão custos de transação”*.<sup>166</sup> É melhor conviver, portanto, com as lacunas contratuais e tentar saná-las posteriormente pois a probabilidade de se ter custos de transação existe, mas pode não se verificar.

Isso faz com que a ideia de um contrato completo, que preveja todas as hipóteses de desdobramento possíveis e que não deixe lacunas, seja um conceito ideal, no sentido de que é um modelo a ser dificilmente alcançado.<sup>167</sup>

Realizado esse pequeno apanhado de algumas ideias da Análise Econômica do Direito, é preciso conhecer alguns aspectos referentes ao setor portuário para, no terceiro capítulo, verificar a aplicabilidade do instrumental da AED para o estudioso da regulação dos portos.

---

<sup>165</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**, p. 149.

<sup>166</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & economics**, p. 218.

<sup>167</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**, p. 155.

## **CAPÍTULO 2 - REGIME DOS PORTOS BRASILEIROS.**

### **2.1 Legislação Portuária: evolução no direito brasileiro.**

A regulação portuária brasileira foi calcada em algumas etapas fundamentais desde a Independência do Brasil, a qual pode ser encontrada em documentos legais da época imperial, do Estado Novo e do amadurecimento da democracia após 1988, consolidada com a Reforma do Estado promovida no final da década de 90 e no início do milênio. No presente capítulo não será realizada análise completa desses atos normativos, mas apenas será dada atenção aos aspectos que interessam à construção da regulação portuária atual, sobretudo a natureza do serviço prestado e a convivência entre terminais públicos e privados.

Apesar de breve, o seguinte esboço sobre a história da regulação portuária brasileira serve para demonstrar que alguns institutos, hoje considerados públicos, tiveram origem privada. Além disso, por meio do conhecimento histórico é possível tentar entender como e porque o setor portuário brasileiro foi configurado da maneira atual.

O passo inicial da regulação da infraestrutura portuária foi o Decreto Imperial n. 1.746, de 13 de outubro de 1869. Longe de ser apenas mais um dado histórico, o Decreto forneceu muitos dos contornos que são utilizados até hoje no direito brasileiro. A começar que a própria Lei autorizava o Império a contratar obras para a melhoria dos portos e para a construção de armazéns e docas. Ao mencionar “a melhoria”, constata-se que já existiam portos no Brasil. Os portos brasileiros não nascem, portanto, de uma construção jurídica. Pode-se dizer, portanto, que direito apenas reconhece que certos locais, já utilizados como ancoradouro e área de embarque e desembarque, são de utilidade pública e, portanto, merecem especial atenção do Estado. A exploração dos portos brasileiros não era uma atividade pública, mas privada, sujeita ao controle do Estado. O governo contava com a iniciativa privada para a construção e melhoria dos portos.<sup>168</sup>

O que havia antes do Decreto Imperial eram pequenos trapiches particulares, construídos pelas empresas interessadas em movimentar determinada carga. Tais trapiches eram alfandegados, ou seja, as mercadorias que por eles passavam estavam sujeitas ao controle do Império. No entanto, apesar de estarem vinculados a empresas de comércio internacional, os donos de trapiches não possuíam os recursos necessários para adequar-se ao que o Decreto Imperial chamou de melhoria dos portos, consistente na construção de cais,

---

<sup>168</sup> MORGENSTERN, Algacyr. **Porto de Paranaguá: contribuições à história** (período de 1648 – 1935). Paranaguá: APPA, 1985, p. 33.

dragagem, aterro, colocação de guindastes. Portanto, enquanto não houvesse capital privado necessário, os portos continuariam sendo considerados como um atracadouro natural, com algumas melhorias feitas por particulares.<sup>169</sup> Esses trapiches e atracadouros constituiriam “portos não organizados”. Os portos em que houvesse melhorias contratadas pelo governo seriam considerados “portos organizados”.<sup>170</sup>

Muito embora o Decreto Imperial utilizasse a palavra “concessão” para nominar a forma pela qual o particular exploraria o porto, não se pode confundir a concessão imperial com a concessão de serviço público. Isso porque a atividade portuária não era considerada um serviço público, mas atividade privada sujeita ao controle do governo. A questão estava mais ligada à infraestrutura do que à prestação de serviço público, categoria que no século XIX ainda era desconhecida do operador jurídico brasileiro.<sup>171</sup> A construção e melhoria de portos ocorria mediante um contrato, regulado em lei, do particular com o Império, que reconhecia o direito de explorar o porto por ele melhorado ou construído durante certo tempo, ao final do qual tais bens passariam para a União. Não há menção de quais melhorias o porto deveria sofrer tampouco quais os serviços que seriam prestados.

Percebe-se, portanto, que a exploração da atividade portuária não tem início como monopólio do Estado. Era explorada por particulares, os quais poderiam escolher se solicitariam a autorização do governo para melhorar a sua infraestrutura e ser considerado um porto organizado ou se continuariam a explorar os seus trapiches e cais de forma particular.

A organização do setor portuário permaneceu com essa estrutura da época do Império por quase cinquenta anos, até que em 1934, com Getúlio Vargas e o regime de Estado Novo, a regulação dos portos sofreu a sua primeira reforma. Entre 22 de junho e 06 julho de 1934 foram publicados vários decretos sobre o regime portuário, os quais previam desde as competências dos Ministérios até como o serviço seria prestado.

<sup>169</sup> MORGENSTERN, Algacyr. **Porto de Paranaguá**: contribuições à história (período de 1648 – 1935), p. 33.

<sup>170</sup> Segundo o artigo 2º do Decreto 24.447, de 22 de junho de 1934, “São ‘portos organizados’ os que tenham sido melhorados, ou aparelhados, atendendo-se às necessidades de navegação e da movimentação e guarda de mercadorias e cujo tráfego se realize sob a direção de uma ‘administração de porto’, a qual caiba a execução dos ‘serviços portuários’ e a conservação das instalações portuárias”.

<sup>171</sup> Como anota JUSTEN FILHO, a expressão concessão de serviço público era utilizada, no século XIX, para a “captação de recursos na iniciativa privada”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**, p. 50. GIANNINI aponta, no mesmo sentido, que na época do absolutismo, as restrições de liberdade e a cobrança de taxas ou tarifas não eram atos administrativos, tampouco configuravam o direito administrativo, categoria desconhecida na época, mas se tratava de privilégios, típicos da época monárquica. GIANNINI, Massimo Severo. **Il pubblico potere**: stati e amministrazioni pubbliche. Bologna: Mulino, 1986, p. 118.

A década de 1930 marca o início da intervenção forte do Estado na economia. A era Vargas foi marcada por um forte intervencionismo e uma centralização do poder econômico estatal.<sup>172</sup> Isso teve repercussão, por óbvio, nos portos.

A primeira providência de Getúlio Vargas no setor portuário foi definir, com o Decreto n. 24.447, de 22 de junho de 1934, as competências nos portos organizados, ou seja, qual era a competência dos Ministérios da Fazenda, da Marinha, da Viação e Obras Públicas, do Trabalho, da Justiça e da Saúde nessas instalações.

Em seguida, Getúlio Vargas definiu como seriam utilizadas as instalações portuárias. Pode-se dizer que com o Decreto n. 24.511, de 29 de junho de 1934, há o reconhecimento do governo de que os serviços prestados pelos portos devem ser prestados com igualdade e eficiência. Isso porque o Decreto expressa no §1º do artigo 1º que *“todos os se utilizarem das instalações portuárias receberão da administração dos portos tratamento sem preferência, orientado pelo objetivo de conseguir das referidas instalações a máxima eficiência”*.

O Decreto n. 24.511/34 dividiu o país em hinterlândias, ou seja, espaços territoriais em que haja apenas um porto organizado. A configuração geográfica dessas hinterlândias lembrava o que outrora foram as capitânicas hereditárias.<sup>173</sup> Segundo o artigo 2º, parágrafo único, do Decreto, considera-se hinterlândia de um porto organizado:

“1º, a cidade ou localidade em que esse porto estiver, ou em que funcionar a respectiva alfândega ou mesa de rendas, e as costas ou margens atingidas pela navegação internado do mesmo porto. 2º, a região do país servida por transportes terrestres, para a qual se encaminhem diretamente mercadorias desembarcadas no porto ou da qual procedam mercadorias para embarque no mesmo porto; 3º, a região do país servida por vias fluviais de transporte, cujas mercadorias sejam transportadas, embarcadas ou desembarcadas, sujeitas a jurisdição da alfândega ou mesa de rendas do referido porto”.

No mesmo dia foi publicado o Decreto n. 24.508, o qual definiu quais as taxas que poderiam ser cobradas pelos portos, bem como conceituou o trabalho portuário. É aqui que aparecem categorias como a estiva, o transporte e a capatazia.<sup>174</sup>

<sup>172</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Anotações sobre a história do Direito Econômico brasileiro (parte I: 1930-1956). **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 6, p. 67-96, 2004, p.69.

<sup>173</sup> LOBO, Carlos Augusto da Silveira. “Os terminais portuários privativos na Lei n. 8.630/93”. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, volume 220, abr/jun. 2000, p. 19/20; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 189.

<sup>174</sup> Como curiosidade, seguem os conceitos das funções portuárias, trazidos pela Lei 8.630/93 mas que perduram desde o aparecimento dessas funções, no art, 57, §3º: *“Considera-se: I - Capatazia: a atividade de movimentação de mercadorias nas instalações de uso público, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário; II - Estiva: a atividade de movimentação de mercadorias nos convéses ou nos porões das embarcações principais ou*

Por fim, após ter definido as competências, o modo como seria prestado o serviço e como tal serviço seria retribuído, Getúlio Vargas revogou o Decreto Imperial n. 1.746 com o Decreto n. 24.599, de 06 de julho de 1934.

Pode-se dizer que em 1934 há o início das concessões de serviço público portuário, pois o governo não apenas deseja a melhoria e construção dos portos, mas define como esse serviço será prestado. Esse decreto, publicado alguns meses antes da Constituição de 1934, a qual reconhecia constitucionalmente o poder de o Congresso regular questões portuárias, abria a possibilidade para que os portos fossem concedidos não apenas aos particulares, mas também aos Estados (art. 1º). Diante desse poder concedente da União, bem como a competência legislativa do Congresso, fica clara a natureza de bem público federal dos portos.

O Decreto exigia que antes da outorga da concessão, deveria ser feito um estudo da sua viabilidade econômica, de modo a concentrar as operações, evitando com isso a dispersão do tráfego (art. 3º). Como se verá adiante, a construção de um porto requer grande aporte de recursos. Em tese, não é economicamente viável a construção de portos com a mesma especialidade, em pequena distância geográfica, visando ao atendimento dos mesmos usuários. Assim, com esse estudo de viabilidade econômica o Decreto procurou racionalizar o uso da infraestrutura.

Além disso, o Decreto n. 24.599 acabou com os terminais privados dentro da área do porto organizado, com exceção daqueles em que houvesse o transporte de inflamáveis e explosivos. O artigo 2º, §2º assim previa:

Não serão mais concedidas licenças para o estabelecimento de entrepostos particulares e serão cassadas as que estejam em vigor, desde que as instalações portuárias, realizadas pelos concessionários de portos, sejam abertas ao tráfego público. Excetuam-se os entrepostos destinados a inflamáveis e explosivos, os quais poderão permanecer em funcionamento até que os referidos concessionários disponham de instalações especiais para a guarda e conservação de mercadorias dessa natureza.

A partir da publicação do Decreto, todas as instalações portuárias deveriam ser objeto de concessão e abertas ao público. Não haveria mais terminais privativos, nos quais o

---

*auxiliares, incluindo o transbordo, arrumação, peação e despeação, bem como o carregamento e a descarga das mesmas, quando realizados com equipamentos de bordo; III - Conferência de carga: a contagem de volumes, anotação de suas características, procedência ou destino, verificação do estado das mercadorias, assistência à pesagem, conferência do manifesto, e demais serviços correlatos, nas operações de carregamento e descarga de embarcações; IV - Conserto de carga: o reparo e restauração das embalagens de mercadorias, nas operações de carregamento e descarga de embarcações, reembalagem, marcação, remarcação, carimbagem, etiquetagem, abertura de volumes para vistoria e posterior recomposição; V - Vigilância de embarcações: a atividade de fiscalização da entrada e saída de pessoas a bordo das embarcações atracadas ou fundeadas ao largo, bem como da movimentação de mercadorias nos portalós, rampas, porões, conveses, plataformas e em outros locais da embarcação; VI - Bloco: a atividade de limpeza e conservação de embarcações mercantes e de seus tanques, incluindo batimento de ferrugem, pintura, reparos de pequena monta e serviços correlatos”.*

empresário poderia escoar sua própria carga ou negociar a movimentação de cargas de terceiros. Houve, portanto, a publicização do setor.

Percebe-se, portanto, que a partir de 1934 os portos passaram a ser monopólio estatal, o qual poderia explorá-lo diretamente ou por meio de concessões ao Estado ou aos particulares. Não era mais possível que um particular tivesse a propriedade de um porto ou terminal. Tratava-se, pois, da instituição do monopólio legal dos portos. Esse modelo monopolístico vigorou até 1944, quando Getúlio Vargas publicou o Decreto-Lei n. 6.460, de 02 de maio. Por este Decreto-Lei era instituída a possibilidade de construção de “instalações portuárias rudimentares” pelos Estados e Municípios, fora das áreas dos portos concedidos e organizados. Tratava-se, sobretudo, de tutelar o interesse de vilas e povoados em que a locomoção dependia do transporte fluvial. LOBO definiu essas instalações rudimentares como “ ‘miniportos’, ou portos em embrião, com organização precária, destinados a suprir a ausência ou deficiência dos portos organizados”.<sup>175</sup>

O Decreto-Lei n. 6.460 não albergava todas as instalações, mas apenas aquelas cujo valor não ultrapassasse Cr\$ 1.000.000,00 (um milhão de cruzeiros) (art. 1º).<sup>176</sup> Caso um Município ou Estado desejasse construir uma instalação portuária, deveria apresentar o projeto ao Diretor Geral do Departamento Nacional de Portos, Rio e Canais, o qual poderia aprovar ou não a obra (art. 3º).

O artigo 7º do Decreto-Lei n. 6.460 deixava claro que “a construção e a exploração de instalações portuárias previstas neste Decreto-Lei serão feitas sem qualquer caráter de monopólio. Continuarão os armadores e embarcadores com a faculdade de construir trapiches próprios, satisfeitas as exigências da legislação em vigor”.

Pode-se afirmar que esse Decreto-Lei deu os primeiros passos para a quebra do monopólio legal, que vigia há dez anos. No entanto, regulava apenas a construção de trapiches e atracadouros em regiões não atendidas por portos. Além disso, não se tratava de concessão de serviço público. O que havia era uma autorização, concedida pelo Diretor Geral do Departamento Nacional de Portos, Rios e Canais (DNPRC), em favor dos Estados e Municípios. Essa autorização poderia ser cassada, sem que os autorizatários tivessem direito a qualquer tipo de indenização, em hipóteses estritas, a saber: (i) a não observância da tarifa para a remuneração dos serviços portuários; (ii) a não conservação das instalações portuárias; (iii) a confusão das receitas e despesas do serviço portuários com o orçamento municipal ou

---

<sup>175</sup> LOBO, Carlos Augusto da Silveira. “Os terminais portuários privativos na Lei n. 8.630/93”, p. 20.

<sup>176</sup> O valor atualizado e corrigido pelo IGP-DI (FGV) para maio de 2009 é de R\$ 1.414.388,45.



estadual; (iv) a não prestação de contas anual perante o DNPRC e, por fim, (v) na hipótese de “*não prestar regular e pontualmente os serviços portuários ao público*”.<sup>177</sup>

É de se pontuar que a Constituição vigente à época da publicação do Decreto-Lei (a Constituição de 1937) e a seguinte (Constituição de 1946) não previam que os portos deveriam ser explorados pela União, tampouco ditavam o modo como ocorreria tais explorações. É por não conter qualquer previsão constitucional sobre os portos que, naquela época, não havia qualquer manifestação doutrinária contra a autorização de serviço portuário, diferente do que ocorre no tempo presente.

A quebra do monopólio ficou mais evidente com a publicação do Decreto-Lei n. 05, de 04 de abril de 1944. Se até então a regra era a concessão do serviço portuário, com exceção das instalações rudimentares, as quais não poderiam movimentar grandes quantidades de pessoas e mercadorias e eram outorgadas por meio de autorização, com a publicação do Decreto-Lei passou-se a permitir que a iniciativa privada construísse seus terminais, sem qualquer limitação de valores e desde que não houvesse ônus para o Poder Público. O artigo 26 do Decreto-Lei assim dispunha:

É permitido a embarcadores ou a terceiros, satisfeitas as exigências da legislação em vigor, construir ou explorar instalações portuárias, a que se refere o Decreto-lei número 6.460, de 2 de maio de 1944, independentemente da movimentação anual de mercadorias, desde que a construção seja realizada sem ônus para o Poder Público ou prejuízo para a segurança nacional, a exploração se faça para uso próprio.

Percebe-se que a quebra do monopólio foi dando-se de forma gradual. Primeiro procurou-se abrigar aquelas situações em que havia necessidade de instalações portuárias singelas, sem necessidade de grande aporte de capital e sem significativas movimentações de volume e pessoas. O segundo passo não rompeu com a ideia de monopólio dos portos, mas garantiu que aqueles que assim desejassem poderiam construir e explorar suas próprias instalações portuárias. Conforme determina a parte final do artigo acima transcrito, a instalação deveria ser para uso próprio.<sup>178</sup>

Portanto, o que se tinha até a publicação da Lei n. 8.630/93, conhecida como Lei de Modernização dos Portos, era um modelo em que a prestação do serviço público portuário era realizada por meio de portos, concedidos ou explorados diretamente pela União, ou

<sup>177</sup> Artigo 8º do Decreto-Lei n. 6.460, de 02 de maio de 1944.

<sup>178</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**, p. 190; SOUZA JUNIOR, Surinam Nogueira de Souza. **Regulação portuária**: a regulação jurídica dos serviços públicos de infra-estrutura portuária no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 58; LOBO, Carlos Augusto da Silveira. “Os terminais portuário privativos na Lei n. 8.630/93”, p. 21.

instalações rudimentares, autorizadas pela União. Ao lado disso, existiam os terminais portuários privados, os quais eram utilizados unicamente para movimentar mercadorias próprias. A configuração do setor portuário foi essa no período de 1944 a 1993, ou seja, durante quase cinquenta anos. Percebeu-se, no entanto, que a configuração do setor não era a mais adequada para atender a demanda crescente e a inserção do Brasil no comércio exterior.

BRESSER PEREIRA, considerado o idealizador da Reforma do Estado no Brasil, descreve o quadro em que o Estado se encontrava entre o final dos anos 80 e o início dos anos 90:

A crise do Estado a que estou me referindo não é um conceito vago. Pelo contrário, tem um sentido muito específico. O Estado entra em crise fiscal, perde em graus variados o crédito público, ao mesmo tempo que vê sua capacidade de gerar poupança forçada a diminuir, senão a desaparecer, à medida que a poupança pública, que era positiva, vai se tornando negativa. Em consequência, a capacidade de intervenção do Estado diminui dramaticamente. O Estado se imobiliza.<sup>179</sup>

Segundo BRESSER PEREIRA, para romper com esse paradigma improdutivo, seria necessário romper com os modelos vigentes, de modo a construir um novo modelo de Estado para o século XXI. As características desse novo modelo, segundo o autor, seriam: (a) a delimitação das atividades do Estado, com a redução de pessoal, por meio da terceirização, privatização e publicização; (b) a redução da intervenção do Estado na economia, fazendo com que passe a ser um Estado regulador, promotor da concorrência; (c) aumento da governança, ou seja, da efetividade das ações de governo, o qual seria conseguido com as reformas administrativas; (d) aumento da governabilidade, ou seja, do poder de governo, assegurando com isso a plenitude das instituições democráticas, o qual seria atingido com as reformas políticas.<sup>180</sup>

Essas características foram incorporadas pelo Plano Nacional de Desestatização (Lei 9.491/97), o qual expressamente coloca como objetivos do plano o reposicionamento estratégico do Estado na economia, com reestruturação não apenas do setor público, mas também do privado, com a retomada de investimentos das atividades transferidas à iniciativa privada, bem como a modernização da infraestrutura.

A Lei n. 8.630/93 é anterior ao Plano Nacional de Desestatização (Lei 9.491/97). Apesar disso, não se pode dizer que a Reforma do Estado teve apenas o início com o PND.

<sup>179</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Estado nos anos 90: lógicas e mecanismos de controle**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997, p. 12.

<sup>180</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Estado nos anos 90: lógicas e mecanismos de controle**, p. 18-19.

Vários institutos da Lei n. 8.630/93 revelam a intenção do legislador em promover uma reforma no setor de infraestrutura. Como será mencionado adiante, isso fica muito claro quando observado o *lobby* exercido no governo e no Congresso para a mudança no setor. Pode-se concluir, portanto, que a Lei de Modernização dos Portos foi um dos primeiros passos para a Reforma do Estado.

A Lei n. 8.630/93 inaugurou uma nova fase da regulação dos portos brasileiros. Seguindo a idéia vigente nos anos 1990, consistente na necessidade de o Estado retirar sua participação direta no setor de infraestrutura, a Lei de Modernização dos Portos previu importantes novidades para o setor, a saber, a figura do arrendamento e dos terminais portuários de uso misto e privativo.

Como tais questões fazem parte do objeto do presente trabalho, elas serão abordadas no momento apropriado. Após esta brevíssima digressão histórica sobre o serviço portuário, convém analisar algumas características dessa atividade.

## **2.2 As características da atividade portuária**

Os portos representam não apenas o comércio exterior de um país, mas também são configuram polos de encontro das mais diferentes infraestruturas de uma nação, pois são neles que ferrovias, hidrovias e rodovias possuem seus pontos de partida e chegada. São, portanto, polos de transporte intermodal. Transporte intermodal é aquele que conjuga dois ou mais meios de transporte. Pegue-se o exemplo da soja colhida no oeste do Estado do Paraná. Ela sai das fazendas ou dos silos de cooperativas por meio de caminhões até os centros de armazenagem de Cascavel, Guarapuava ou Ponta Grossa. Nesses centros, os vagões de trens são preenchidos e por meio do transporte ferroviário a mercadoria chega até o Porto de Paranaguá, oportunidade em que é movimentada e embarcada em um navio. Foram três os meios de transportes utilizados. O que pode ocorrer é que uma mesma empresa transporte a carga desde a cooperativa até o embarque em Paranaguá, contando com a armazenagem nos centros de distribuição ou no Porto. Diz-se, portanto, que essa empresa explora vários modais. O Porto de Paranaguá, por exemplo, é ponto de movimentação de navios, seu acesso pode se dar por malha rodoviária e ferroviária, sendo, portanto, uma zona de encontro de vários modais.

Mas a importância da atividade portuária não se revela apenas nisso. No comércio exterior, a importância dos portos é revelada na medida em que se sustenta que eles

constituem um enlace de infraestruturas, as quais ajudam a auxiliar a integração dos mercados. Isso é importante em blocos econômicos, como ocorre em maior intensidade na União Europeia e, em escala reduzida, com o Mercosul.<sup>181</sup>

A infraestrutura portuária não consiste apenas nas instalações físicas do porto: abrange também os serviços ofertados a partir dessas instalações, ou seja, todas as ações que visem à movimentação das cargas, desde a sua armazenagem nos armazéns portuários, passando pela conferência, embarque e saída do navio. O porto é integrado pelo píer, as docas, os armazéns, os cais, os terrenos utilizados para a movimentação de cargas, as esteiras, os silos, os carregadores de navios (*shiploaders*). A Lei de Modernização de Portos traz, no art. 2º, inciso I, o conceito de porto organizado, o qual conjuga a idéia das instalações e dos serviços. Diz a Lei que porto organizado é “*o construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, da movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de mercadorias, concedido ou explorado pela União, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária*”.

O conceito legal de porto, englobando os serviços e as instalações, vai ao encontro da noção de que o porto é uma universalidade de fato e de direito. Universalidade de fato porque consiste num conjunto de bens, destinados a uma mesma função, qual seja, a de movimentar e transportar cargas. Universalidade de direito porque configura uma série de relações jurídicas, tratadas entre cliente, operador portuário, armador, trabalhadores portuários e administração portuária, dotadas de valor econômico, tendentes a um único objetivo: a movimentação portuária.<sup>182</sup>

E como a expressão “porto” vai além das instalações, o Constituinte dispôs no artigo 21, inciso XII, alínea “f”, que compete à União explorar os portos mediante autorização, permissão e concessão. Uma leitura atenta conduzirá à constatação de que, de maneira diferente com que acontece com as outras atividades previstas no artigo 21, incisos XI e XII, não há necessidade de menção aos serviços, os quais já se encontram inseridos na expressão “porto”.<sup>183</sup>

<sup>181</sup> A frase é de ARIÑO ORTIZ: “*De esta forma, los puertos constituyen hoy, en derecho europeo, auténticos ‘nodos’ o centros de conexión en una red transeuropea de transporte integrada por todas las infraestructuras de interés comunitario necesarias para coadyuvar a la cohesión económica y social y a la realización del mercado interior*”. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “El régimen de prestación de servicios en los puertos de interés general”. Em: \_\_\_\_ et ali. **La nueva legislación portuaria**. Barcelona: Atelier, 2004, p. 21.

<sup>182</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico dos operadores de terminais portuários no Direito Brasileiro, **Revista de direito público da economia**, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, out./dez. 2006, p. 84.

<sup>183</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. “O regime jurídico dos operadores de terminais portuários no Direito Brasileiro”, p. 83-84.

Dadas as características dos portos, existem três grupos de especificidades que distinguem o setor dos demais: são *aspectos geográficos, econômicos e de concorrência*.

Em relação aos *aspectos geográficos*, a instalação de um porto depende de determinado acidente geográfico, que conjugue águas calmas e profundas, bem como um lugar abrigado para que os navios e as instalações portuárias não sofram com as mudanças climáticas. Desta forma, muito embora o litoral brasileiro possua extensão considerável, não é possível instalar portos em toda a sua extensão, uma vez que a maioria do seu litoral se encontra aberto para o mar, suscetível a ondas, ventos e com baixa profundidade. Um porto é, portanto, um “dado da natureza”.<sup>184</sup>

Isso faz com que os portos sejam considerados recursos escassos, pois à medida que são instaladas as infraestruturas portuárias, diminui-se a oferta de locais apropriados para tais construções, bem como há um decréscimo dos terrenos que podem ser utilizados para armazenagem, estacionamento de caminhões, manobras de trens, etc.<sup>185</sup>

Tradicionalmente, no que diz respeito aos *aspectos econômicos*, diz-se que um mesmo acidente geográfico não pode comportar dois portos distintos, concorrentes entre si. Não é demais lembrar que o próprio legislador previu isso ao dividir o país em hinterlândias.<sup>186</sup> Isso porque a duplicação da infraestrutura demanda custos elevados, os quais são injustificáveis se já existente uma instalação adequada. O monopólio seria, portanto, a melhor saída econômica para determinado setor, pois apenas um único explorador da atividade conseguirá custos melhores para ele e para a sociedade que vários outros exploradores menores. A isso se denomina de “monopólio natural”.<sup>187</sup> O assunto dos monopólios naturais e a os desdobramentos dessa classificação será tratado no decorrer do presente trabalho. Por ora, deseja-se apenas introduzir essa categoria e afirmar que existem situações de monopólio natural, ou seja, existem situações que os portos podem configurar monopólio natural e em outras não há essa possibilidade. O assunto será aprofundado no capítulo 3.

A necessidade de melhor aproveitamento da infraestrutura fica evidente quando se depara com outra característica dos portos: são investimentos de longa maturação. Em microeconomia, os investimentos de uma empresa podem ser de curta ou longa maturação,

<sup>184</sup> SOUZA JUNIOR, Suriman Nogueira. **Regulação portuária**, p. 20.

<sup>185</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. “O regime jurídico...”, p. 80.

<sup>186</sup> Atualmente, hinterlândia não possui o mesmo significado de outrora, ou seja, local em que havia um único porto. A ideia moderna significa a área de influência de um porto.

<sup>187</sup> Ampliar em PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**, p. 58-59 e 266-275; POSNER, Richard. **Economics analysis of law**, p. 367-369. As características do monopólio natural serão investigadas no capítulo 03.

dependendo do aporte inicial de capital que um empreendimento necessita para operar e o quanto tempo esse dinheiro será revertido em ganhos para o empreendedor. Um porto, para operar, necessita estar pronto, com todas as obras necessárias realizadas, com o maquinário funcionando adequadamente. A instalação de um porto ou terminal portuário envolve quantias vultosas. A construção do terminal de contêineres de Santa Catarina, localizado em Itapoá, litoral norte do Estado, é um exemplo: custará R\$ 320.000.000,00 (trezentos e vinte milhões de reais).<sup>188</sup> Para dobrar a capacidade de movimentação dos grãos sólidos (grãos e minérios de ferro) no Brasil, os empreendedores estimam ser necessários quinze bilhões de dólares.<sup>189</sup> As quantias investidas não são, portanto, desprezíveis.

Além disso, como pondera GROSDIDIER DE MATONS as infraestruturas portuárias possuem como características a inflexibilidade.<sup>190</sup> Isso porque a infraestrutura não pode adaptar-se, em poucos meses, para um acréscimo ou decréscimo de demanda. Em tempos de uma excelente safra de soja, poderá haver um déficit da estrutura portuária para escoar os grãos. No ano seguinte, a estrutura portuária poderá estar ociosa. A infraestrutura é a mesma, não podendo ser aumentada ou diminuída sem que haja grandes recursos financeiros e sem que haja demanda de tempo.

No entanto, mesmo diante de todas essas considerações, pode ser mais interessante para determinado empresário não utilizar a estrutura portuária existente, mas construir a própria. Pegue-se, por exemplo, um terminal de exportação de álcool. Em virtude das peculiaridades do manuseio desse material, pode ser interessante para o empresário construir seu próprio cais, instalar os dutos por onde o álcool irá passar e construir os tonéis para o armazenamento do produto.

Por fim, a questão da *concorrência*. É paradoxal falar em concorrência logo após ter mencionado que os portos podem configurar uma situação de monopólio natural. No entanto, como será analisado adiante, os portos podem ou não estar em situação de monopólio natural. Quando não há essa situação, é possível a concorrência.

---

<sup>188</sup> Os dados são de março de 2008, quando o dólar não havia atingido a marca de R\$ 2,00. Segundo dados do BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento), foi aberta uma linha de crédito de US\$ 144.000.000,00 (cento e quarenta e quatro milhões de dólares) para a construção do porto. **TERMINAL DE CONTEINERES DE SANTA CATARINA. Tecon SC acelera obras principais do terminal portuário**, disponível em <http://www.teconsc.com.br/noticias.asp?id=37>, acesso em 08 de jan. de 2008. **BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. Banco aprova US\$ 144 milhões para terminal portuário de contêineres em Santa Catarina, Brasil**, disponível em <http://www.iadb.org/NEWS/detail.cfm?language=PO&id=4150>, acesso em 08 de jan. de 2008.

<sup>189</sup> MANSO, Ursula Alonso. “Muito debate. Nenhuma solução”. **Exame**, São Paulo, ano 42. n. 15, ed. 924, 13 de agosto de 2008, p. 36.

<sup>190</sup> GROSDIDIER DE MATONS, Jean. **Droit, économie et finances portuaires**. Paris: Ponts et chaussées, p. 7.

A concorrência pode acontecer intra e interporto. A concorrência interportos ocorre a partir da premissa de que o comerciante pode escolher por qual porto irá escoar ou receber suas mercadorias. Como há empresários estrangeiros envolvidos, qualquer política de incentivo do estado para a escolha de um porto ou de outro acaba por ser inócua, pois, para os estrangeiros, políticas estatais de incentivos que não revertam diminuição das tarifas portuárias são sem efeito prático.<sup>191</sup>

São diversas as variáveis que podem levar um empresário a optar por um ou outro porto. Elas podem ser classificadas em três grupos: razões técnicas, razões financeiras, razões políticas.

Dentre os motivos *técnicos* que influenciam na opção de um porto, um não está inserido propriamente nas instalações portuárias. Como mencionado acima, os portos constituem zonas de confluência de infraestrutura – rodoviária, hidroviária e ferroviária. Quando melhor for a rede ligada ao porto e quanto menores os custos para utilizar essa rede, maior a quantidade de mercadorias movimentadas pelos portos. Estradas mal-conservadas, pedágio caro, ausência de ferrovias: todos os fatores podem afastar o empresário da utilização de determinado porto.

Contudo, não basta apenas o porto estar inserido em uma perfeita rede intermodal: é preciso que as instalações portuárias sejam adequadas para receber os mais diferentes tipos de navios, com o que há de mais avançado em tecnologia. Desde questões operacionais, como o limite máximo de calado que as embarcações podem ter para operar em determinado porto, em virtude da profundidade das águas, até a dificuldade em se chegar até o cais a partir do mar aberto, tudo é uma variável a ser computada pelos empresários. Deve haver, ademais, mão-de-obra especializada para trabalhar nos navios, nos equipamentos, na carga e descarga.<sup>192</sup>

As *razões financeiras* que norteiam a escolha de um porto são as tarifas portuárias, as quais englobam desde o preço para atracação, como todas as despesas referentes aos trabalhadores portuários, ao fornecimento de bens consumíveis para os navios, as tarifas de armazenagem. Os preços de praticagem também se inserem nas razões financeiras.

A conjunção de bons aspectos técnicos e financeiros faz com que um porto seja considerado eficiente, o que é qualidade insuperável na escolha de determinada instalação portuária em detrimento de outra. A importância da eficiência na gestão portuária já foi reconhecida pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), a qual

---

<sup>191</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. “O regime jurídico...”, p. 80.

<sup>192</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. “O regime jurídico...”, p. 82.

desenvolveu um sistema denominado de “Sistema de Informações Gerenciais” (SIG), no qual são comparados os índices de eficiência dos vários portos e terminais portuários no Brasil. De posse de tais dados, o comerciante pode optar em qual porto realizará suas operações. Os relatórios do SIG revelam, por exemplo, que o preço de movimentação de um contêiner no Terminal de Contêineres de Paranaguá (TCP) era, em 2006, US\$ 240,57 (duzentos e quarenta dólares e cinquenta e sete centavos), enquanto no Terminal de Contêineres de São Francisco do Sul era, no mesmo ano, US\$ 199,60 (cento e noventa e nove dólares e sessenta centavos).

A conjugação dos seguintes aspectos - quantidade movimentada de mercadorias, preço médio de movimentação, tempo de espera, atracações ocorridas durante o ano (denominado de prancha média) – fornece subsídios para que a ANTAQ elabore, anualmente, um *ranking* dos portos brasileiros.<sup>193</sup>

As razões *políticas* que influenciam a escolha de um porto em detrimento de outro são aquelas limitações colocadas pela autoridade portuária na movimentação de cargas em determinados portos. Muito embora a atividade portuária possa configurar um serviço público, como será visto adiante, não são raras as discriminações dirigidas a determinados produtos. O exemplo recorrente foi a proibição de movimentação de soja geneticamente modificada pelos terminais públicos e privados do Porto de Paranaguá. Um produtor de soja transgênica, por uma razão política, não poderia escoar sua mercadoria por Paranaguá, tendo que optar por demais portos, como Santos e São Francisco do Sul, por exemplo.<sup>194</sup>

Já a concorrência *intraporto* surge com a modernização portuária, ocorrida a partir de 1993. Com a liberalização do setor para empresas privadas, apareceram novas instalações e novos terminais, diferentes daqueles arrendados e dos terminais públicos. Um mesmo porto pode abrigar vários terminais privativos, os quais podem atuar na mesma área: grãos, minério, frio, combustíveis, fertilizantes. Pode haver, portanto, a concorrência de um terminal graneleiro com outro, do mesmo setor econômico, entre terminais públicos e privativos. Além

---

<sup>193</sup> Segundo a ANTAQ, os líderes em cada segmento, no ano de 2006, foram os seguintes: a) Movimentação de Contêineres em Portos Públicos: Santos – Cais Público, Margem Direita; b) Movimentação de Contêineres em Terminais arrendados ou privativos: Santos – Tecon; c) Movimentação de Soja e Farelo em Portos públicos: São Francisco do Sul – Cais Público; d) Movimentação de soja e farelo em terminais arrendados ou privativos: Santos – Cargill; e) Movimentação de trigo em portos públicos: Santos, Margem direita - Cais Público; f) Movimentação de trigo em terminais arrendados ou privativos: Rio Grande, Termasa; g) movimentação de fertilizantes em portos públicos: Rio Grande, Cais Público; h) movimentação de fertilizantes em portos privativos ou arrendados: Yara Fertilizantes. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. **Acompanhamento permanente dos preços e do desempenho operacional dos serviços portuários**, p. 76-79.

<sup>194</sup> Apesar de a regulação dos portos ser competência federal, por uma questão político-ideológica, o Estado do Paraná possuía um decreto que proibia o escoamento da safra transgênica pelos Portos de Antonina e Paranaguá. O STF, em despacho da sua então Presidente, concluiu que o Estado não poderia realizar tal restrição, pois não possuía competência para tanto. (STF, Suspensão de Segurança n. 2.912-6, Relatora Min. Ellen Gracie, DJU 19/04/2006).



disso, pode haver o compartilhamento de infraestrutura, ou seja, um mesmo terminal servir para a prestação de serviços de duas ou mais empresas, concorrentes entre si. O assunto será melhor explorado adiante.

### 2.3 A Lei 8.630/93: o início da reforma do Estado

No final dos anos 80, o sistema portuário brasileiro era desenhado da seguinte forma: havia os terminais públicos, concedidos pelo Estado, bem como os terminais privados, os quais só poderiam movimentar mercadoria própria. O desenho não difere muito do atual. No entanto, naquela época, os “*os portos brasileiros tinham odor de mofo e de burocracia*”.<sup>195</sup> O que mudou então?

O primeiro ponto a ser destacado foi a maneira como a Lei 8.630/93 surgiu no cenário brasileiro. Para os portos deixarem de ser um ambiente arcaico e fétido, vários empresários, na maioria da área do comércio exterior,<sup>196</sup> formaram um grupo denominado de “Ação Empresarial Integrada” (AEI) visando à discussão da infraestrutura portuária. Conforme anota Mahrukh DOCTOR, a AEI foi o primeiro lobby organizado que o Brasil conheceu.<sup>197</sup>

A AEI tinha como objetivo flexibilizar o modo como os trabalhadores portuários eram contratados, liberar os terminais privados para movimentar cargas de terceiro e privatizar e modernizar os portos em médio prazo.<sup>198</sup>

Fixados tais objetivos, a AEI apresentou uma proposta de medida provisória ao Governo Collor que atingia tais objetivos. No entanto, nas vésperas de sua assinatura e publicação, a Marinha, por meio de sua inteligência, informou que haveria muito descontentamento caso a medida fosse publicada e que poderia haver revolta dos portuários, sobretudo dos trabalhadores.<sup>199</sup> Por conta disso, o Presidente Collor de Mello resolveu transformar o documento em projeto de lei e enviou-o para o Congresso Nacional no início de 199, por meio da mensagem presidencial n. 67/91. A mensagem foi recebida no Congresso e deu-se início ao Projeto de Lei n. 08/91.

<sup>195</sup> COLLYER, Wesley. **Lei de portos: o Conselho de Autoridade Portuária e a busca da eficiência**. São Paulo: Aduaneiras, 2008, p. 32.

<sup>196</sup> Segundo DOCTOR, a AEI era composta por confederações e federações de indústria e comércio, mineradoras, indústrias de maquinário, têxtil, de papel e química, agropecuária, indústria portuária e comércio exterior. DOCTOR, Mahrukh. Business and delays in port reform in Brazil. **Brazilian Journal of Political Economy**, v. 22, n. 86, abr./jun. 2002, p. 83.

<sup>197</sup> DOCTOR, Mahrukh. “Business and delays in port reform in Brazil”, p. 82.

<sup>198</sup> DOCTOR, Mahrukh. “Business and delays in port reform in Brazil”, p. 83.

<sup>199</sup> COLLYER, Wesley. **Lei de portos...**, p. 34.

No Congresso Nacional, as discussões foram fortemente influenciadas por lobbies, os quais fizeram o projeto saltar de 11 para 76 artigos.<sup>200</sup> No projeto inicial, não havia previsão do Conselho de Autoridade Portuária, do Organismo Gestor de Mão de Obra, tampouco menção à forma como os terminais públicos seriam explorados. Era um Projeto de Lei destinado a reformar a contratação de mão-de-obra e a permitir a exploração de terminais privados. Tanto é que dos seus onze artigos, cinco destinam-se à mão-de-obra, dois aos terminais privativos, dois sobre cobrança de taxas e tarifas, um sobre competência e dois sobre aplicação da lei no tempo.

Conforme anota COLLYER, “o mérito maior do PL foi, em um momento em que as velhas estruturas eram criticadas pelos próprio governo, proporcionar à sociedade, através do Congresso Nacional, discutir um novo modelo para os portos brasileiros”.<sup>201</sup>

Com o avançar das discussões na Câmara, foram introduzidas novas emendas, como a que instituiu o Conselho da Autoridade Portuária e o Orgão Gestor de Mão de Obra. Temendo perder seus direitos, os trabalhadores portuários entraram em greve,<sup>202</sup> mas não tiveram força suficiente para retirar tais estruturas do projeto de lei.

Após dois anos de tramitação no Congresso, em fevereiro de 1993 o projeto foi encaminhado à sanção presidencial e ao final do mesmo mês foi sancionado pelo Presidente Itamar Franco. O Projeto de Lei passou a ser a Lei n. 8.630, publicada em 25 de fevereiro de 1993.

Para avançar na análise da Lei, é preciso verificar, antes de esmiuçar seus institutos, como se qualifica o serviço portuário: se é serviço público ou se é atividade econômica privada.

## 2.4 A natureza do serviço portuário e o novo serviço público

Por conta da obra da influência da obra de EROS GRAU, é corrente distinção existente no direito brasileiro entre atividades econômicas privadas e serviço público.<sup>203</sup> Parte-se da concepção de que existem duas formas de prestação das atividades econômicas. Quando elas são prestadas no interesse da coletividade, são serviços públicos puros. Quando são prestadas

<sup>200</sup> COLLYER, Wesley. **Lei de portos...**, p. 35; PIMENTEL, Carlos Martins. **Evolución de la legislación portuaria brasileña**, Monografías de la UNCTAD sobre la gestión de puertos n. 16. Nova York: Nações Unidas, 1999, p. 14.

<sup>201</sup> COLLYER, Wesley. **Lei de portos...**, p. 43.

<sup>202</sup> COLLYER, Wesley. **Lei de portos...**, p. 47/48.

<sup>203</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 124/125.

primordialmente no interesse privado, são atividades privadas. Diz-se *primordialmente* porque existem atividades fundamentalmente privadas, as quais são regulamentadas e autorizadas pelo Estado por haver algum interesse da coletividade nessas atividades. A doutrina chama tais atividades privadas, que possuam ter algum interesse na coletividade, de *serviço público impróprio ou virtual*.<sup>204</sup> É o caso das profissões regulamentadas, dos serviços de táxi, hotéis e ônibus.<sup>205</sup>

A doutrina afirma que as atividades privadas são reguladas pelo direito privado e os serviços públicos são regulados pelo direito público. Isso é uma constante entre os administrativistas brasileiros. Nos serviços públicos, “*aplica-se um regime jurídico peculiar, próprio de direito público, destinado a assegurar a satisfação de necessidades imperiosas*”.<sup>206</sup>

No entanto, recentemente uma nova perspectiva derruba essa divisão entre atividades privadas e serviços públicos. Os marcos teóricos da presente análise são as obras de Carlos Ari SUNDFELD e Almiro do COUTO E SILVA, escolhidos pelo pioneirismo de seus escritos. Como qualquer desconstrutivista, SUNDFELD e COUTO E SILVA questionam a doutrina vigente, os dogmas, as verdades que encobrem o autoritarismo das formas e dos institutos. Tudo isso para demonstrar que há algo novo, que acaba com a estabilidade desejada no Direito e a eterna necessidade de classificar tudo de maneira estanque e pretensamente segura.

Para SUNDFELD e COUTO E SILVA, tanto atividades prestadas sob regime público quanto atividades prestadas sob regime privado podem ser consideradas serviços públicos. A ruptura fica evidente quando se coteja as suas lições com o conceito tradicional de serviço público, dado por BANDEIRA DE MELLO:

*Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo*<sup>207</sup>.

<sup>204</sup> Ampliar em GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**, p. 116/129.

<sup>205</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 548.

<sup>206</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**, p. 30.

<sup>207</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**, p. 640, destaque ausente no original. A opção pelo conceito de BANDEIRA DE MELLO deve-se ao fato de que ele é um dos estudiosos do Direito Administrativo mais difundido nas graduações, sobretudo àquelas que se filiam a linha de estudo da PUC/SP. No entanto, o conceito de serviço público de outros autores brasileiros não discrepa, quanto ao regime jurídico, do entendimento de BANDEIRA DE MELLO, com a ressalva que alguns concebem a influência parcial do direito privado na prestação das atividades. No mesmo sentido que Bandeira de Mello: JUSTEN FILHO, Marçal.

A lição acima explicita os três elementos para a configuração de uma atividade como sendo serviço público: o regime jurídico público; o vínculo orgânico, também conhecido como *publicatio*; o critério material, qual seja, a relevância da atividade.

No entanto, ao se analisar as leis brasileiras pós-privatizações, constatar-se-á que nem sempre essas três características se encontram presentes.

A Lei n. 9.742/97 prevê no art. 63 que o serviço de telecomunicações será prestado sob o direito público e sob o direito privado. No entanto, se defende que a própria Constituição permite a conclusão de que os serviços de telecomunicações são serviços públicos, conforme interpretação sistemática do art. 175 com o art. 21, inciso XI, de modo que não haveria possibilidade de se admitir que os serviços de telecomunicações sejam meras atividades econômicas.

Já a Lei n. 9.074/95 traça contornos do serviço produção de energia elétrica, trazendo três modos de prestação do mesmo serviço: o regime de concessão, o regime de autoprodução e o de produção independente. Especial interesse revela a figura do produtor independente, o qual, conforme o destino e a fonte de produção da energia, estará prestando serviço público ou atividade privada, sujeita, inclusive à concorrência,<sup>208</sup> conforme expressam os arts. 5º e 7º da Lei. Mas pode haver a figura do produtor independente, aquele que está sujeito às regras da livre iniciativa. Aqui, parece que não apenas o vínculo formal encontra-se arranhado, mas também o vínculo subjetivo, pois a autorização para o produtor independente operar parece ser uma simples autorização, como a prevista pelo art. 170 da Constituição.

Ao estudar os contornos do serviço público brasileiro a partir dele mesmo, da Constituição e das leis, SUNDFELD e COUTO E SILVA notam que o regime jurídico não é mais necessário para a configuração de uma atividade como serviço público.

Para SUNDFELD, há uma tendência à convergência dos regimes, sobretudo com as privatizações e com o modelo de concorrência, fazendo com que o regime de direito público não mais impere sobre tais atividades. O regime que deve orientar determinada atividade é o previsto em lei. Cada setor deve ter suas peculiaridades respeitadas, sob pena de não valer nada o estudo do direito. As generalizações e a tentativa de encaixar a nova realidade a conceitos passados, os quais configurariam verdadeiras “revelações” ao estudioso do Direito,

---

**Curso de direito administrativo**, p. 478. Admitindo inflexões parciais do direito privado: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 97/98; MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. **Direito administrativo moderno**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 315.

<sup>208</sup> Ampliar em GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1998**, p. 178-188.

devem ser substituídas pelo trabalho árduo de entender cada setor e suas particularidades. Deve-se, para responder aos problemas colocados diante do operador jurídico, esquecer o regime jurídico para dar ênfase a sua regulação e às maneiras como ela se revela.<sup>209</sup>

Já para COUTO E SILVA, a questão dos serviços públicos pode ser resolvida com o direito privado administrativo. Ele parte da premissa de que existem problemas jurídicos que não são resolvidos apenas com o direito público ou com os princípios informadores do direito administrativo, sobretudo quando a Administração não exerce o poder de polícia ou as funções de Estado. Quando a Administração explora uma atividade econômica, por exemplo, não pode aplicar todo o seu regime jurídico público para contratar, para administrar, para oferecer tais atividades. O império do Estado cede lugar, ainda que pequeno, para as relações mais isonômicas. Nos casos em que há atividade econômica envolvida ganha força a tese de que a supremacia do interesse público sobre o interesse privado é uma regra, aplicada caso a caso, e não um princípio geral ganha força.<sup>210</sup>

A relação Estado–concessionário/permissionário/autorizatário é permeada pelo Direito Administrativo, com inflexões do Direito Privado. Nas autorizações isso fica mais evidente, pois o autorizado atua de maneira privada, mas deve seguir as orientações trazidas no ato de autorização e está sujeito à fiscalização e ao controle da Administração Pública. O Estado cerca-se de garantias, ínsitas à prestação do serviço público, ao passo que o autorizado tem seu investimento resguardado, sabendo até onde o império do Estado pode intervir no seu modo de prestar o serviço.

Entra em cena o direito privado administrativo, ou seja, “*o direito privado coberto e vinculado jurídico-publicamente que está à disposição da administração no cumprimento de tarefas administrativas*”.<sup>211</sup>

Aplica-se o direito privado, mas com as atenuações conferidas pelo Estado. Mesclam-se os dois regimes, conjugando-se normas de direito privado com normas de direito público. Com isso, atinge-se fins públicos com meios privados. Como ensina COUTO E SILVA, “*quando isso acontece, há geralmente uma adaptação das normas de Direito Privado aplicadas ao Estado, mesclando-se, por vezes, à teia dessas disposições, preceitos de natureza pública. É que o Estado, qual rei Midas, de algum modo terá tais normas. O regime*

<sup>209</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal: introdução às agências reguladoras. \_\_\_\_ (org.). **Direito administrativo econômico**. 1. ed. 3. tir, São Paulo, Malheiros: 2006, p. 33/34.

<sup>210</sup> A ideia de que a supremacia do interesse público sobre o privado é uma regra, e não um princípio, foi desenvolvida na obra de: ÁVILA, H. B. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. Em: SARLET, I. W. (org). **O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 99 – 127

<sup>211</sup> MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Trad. Luís Afonso Heck. 14 ed. Barueri: Manole, 2006, p. 47.

*continua a ser de Direito Privado, mas não é absolutamente igual ao utilizado pelos indivíduos”.*<sup>212</sup>

Percebe-se, portanto, o regime jurídico pouco importa para a caracterização de uma prestação de serviço público, desde que mantido o seu caráter essencial, aliado às obrigações de universalização.<sup>213</sup>

Ao se conceber o serviço público como atividade essencial, com obrigações de universalização, há uma restrição do conceito. Retiram-se dele as atividades legalmente elevadas ao *status* de serviço público, como as loterias, bem como aquelas atividades privadas, as quais, apesar de relevantes, não possuem qualquer obrigação de expansão e universalização, como é o caso das farmácias, supermercados e postos de gasolina. É possível entender, diante disso, porque o art. 21 da Constituição traz, como serviços públicos, apenas aquelas atividades ligadas à infraestrutura e a prestação de serviços ligados a ela: telecomunicações, radiodifusão, energia elétrica, aproveitamento energético dos cursos d’água, navegação aérea, navegação aeroespacial, infraestrutura aeroportuária, transporte rodoviário e ferroviário interestadual e internacional, portos.

O vínculo material encontra-se presente no artigo 21, incisos XI e XII, da Constituição. O vínculo orgânico também encontra aí seu fundamento, pois o *caput* do artigo 21 diz quais são as competências da União. O vínculo formal, como mencionado, deixa de ser o regime de direito público para dar lugar ao direito privado administrativo, ou seja, um regime que une o direito privado e o direito público, com vistas não apenas à persecução do interesse público, mas também à concretização dos anseios do particular que atua em colaboração com a Administração, ou seja, os interesses do empresário.

A novidade do regime de prestação do serviço público no regime pós-privatizações não são as concessões/permits/autorizações, as quais foram utilizadas desde que o Estado percebeu que não poderia prestar diretamente todas as atividades. Tampouco consistem na descaracterização das atividades que são consideradas serviços públicos – elas são as mesmas há vinte anos. A nova configuração dos serviços públicos é o seu regime jurídico: setorial, que concilie o interesse público com o interesse privado e que possa utilizar de institutos jurídicos do direito privado para o atingimento de metas coletivas. *Não há um regime de prestação de serviço público, mas vários regimes.* Não há apenas três formas de prestação de serviços

<sup>212</sup> SILVA, Almiro do Couto. Enfituse: alienação de domínio útil. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 27, n. 57 supl., 2002, p. 334.

<sup>213</sup> SILVA, Almiro do Couto e. “Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público ‘à brasileira’?”, **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 230, out./dez. 2002, p. 73.

públicos (diretamente ou mediante concessão ou permissão), mas várias outras.<sup>214</sup> O particular pode usar de meios da prática comercial privada (como oferta, descontos, etc.) para atingir finalidades públicas, como a prestação do serviço. O particular pode escolher o meio pelo qual irá oferecer o serviço. Por exemplo: há algum tempo, houve uma discussão sobre qual tecnologia de telefonia móvel seria mais avançada – a CDMA, a GSM ou 3G. Diferentes operadoras optaram por diferentes sistemas. Não houve qualquer imposição da ANATEL sobre qual tecnologia utilizar.<sup>215</sup>

Portanto, não se pode afirmar que a atividade portuária será necessariamente um serviço público, tampouco que é apenas uma atividade econômica privada. Trata-se, pois, de questão a ser avaliada concretamente.

## 2.5 Concessão, permissão e autorização de serviço portuário

A Lei n. 8.630/93 apareceu no alvorecer da reforma do Estado, sendo uma iniciativa de empresários para melhorar o sistema portuário brasileiro, o qual estava desenhado conforme o Estado burocrático e centralizador que dominou o cenário nacional a partir das décadas de 1930 e 1940.

Seguindo o que determina a Constituição, a Lei 8.630/93 assinala que a União explorará os portos, diretamente, ou mediante concessão (art. 1º), a qual será precedida de licitação (art. 1º, §2º). No entanto, a Constituição não prevê apenas a concessão como forma de exploração de portos. Ao lado dessa forma, há a permissão e a autorização. Cabe, portanto, analisar esses três modos de exploração do serviço pelo particular.

A Lei de Modernização de Portos dispensa poucas palavras à concessão e à permissão de serviço portuário. Quando o faz, remete ao regramento geral das licitações e contratações de serviço público (art. 1º, § 2º).

A Lei n. 10.233/01, a qual criou a ANTAQ e completou a Lei n. 8.630/93 em alguns pontos, prevê quando a concessão e a permissão de serviços públicos serão utilizadas. A Lei determina que a concessão terá cabimento quando se tratar de infraestrutura destinada a atender o transporte público, precedido ou não de obra pública (art. 13, I). Já a permissão, quando se tratar de transporte coletivo, ou seja, não se aplica ao presente trabalho, que trata

---

<sup>214</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. “Gestão alternativa de serviços públicos”, **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 216, jan./mar. 2006, p. p. 179-208.

<sup>215</sup> Segundo pesquisa do jornal Folha de São Paulo, a Vivo utiliza tecnologia CDMA, GSM e 3G; a Tim utiliza GSM e; a Claro, GSM e 3G. BARROS, Guilherme. “Mercado aberto: pesquisa dá nota 8,9 para telefonia móvel em SP”. **Folha de São Paulo**. Dinheiro. 3 jan. 2008.

apenas no regime de portos (art. 13, II). Por isso, com base na legislação aplicável, não há possibilidade da ocorrência de permissões de construções portuárias, de modo que se trata de instituto sem correspondência prática, a despeito de a Constituição afirmar a competência da União para explorar portos mediante permissão.

Em uma tentativa de procurar sistematizar a questão das permissões, as quais não encontram o mesmo tom na doutrina, na legislação e na prática, BOCKMANN MOREIRA ensina que não cabem permissões no caso de investimentos de longa duração, que demandem a construção de obras públicas e em que haja a possibilidade de alteração contratual. Isso porque como as permissões são precárias, não haveria como conjugar a precariedade com um alto grau de investimento.<sup>216</sup> Como visto, os portos compõem uma rede de infraestrutura que demandam forte aporte inicial de recursos e, devido ao longo tempo contratual, a mutação contratual é uma constante (por mais paradoxal que essa frase possa parecer).

Em consulta na internet aos atos expedidos pela ANTAQ, ou seja, atos expedidos após 2001, data da criação da ANTAQ, não há a vinculação das palavras portos e permissão.<sup>217</sup> Dessa forma, se muitos dizem não haver autorização de serviço público portuário, como será visto adiante, pela lógica também não há permissão de serviço público portuário.

O Decreto n. 6620/08 desdobrou as Leis n. 8.630/93 e 10.233/01 no que se referem às concessões, as autorizações e os arrendamentos.

No que toca às concessões, além de prever o longo prazo para a contratação (vinte e cinco anos, prorrogável por igual período), o Decreto determina que o edital de licitação preveja a possibilidade de ampliação das instalações (art. 20).

Não é demais lembrar que a Lei n. 11.079/04 instituiu as parcerias público-privadas, as quais são modalidades de concessão, na qual o parceiro público dá a contraprestação ao parceiro privado em troca da construção de uma obra ou a exploração de um serviço público.

Todavia, não é o escopo desse trabalho tratar das formas de concessão do serviço portuário. É mais produtivo focar as questões peculiares dos portos, que são o arrendamento e as autorizações.

---

<sup>216</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Notas sobre a permissão de serviço público no direito brasileiro, **Revista eletrônica da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná**, n. 1. jan/jul. 2008, p. 3.

<sup>217</sup> AGENCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. **Legislação**. Disponível em ANTAQ [www.antaq.gov.br](http://www.antaq.gov.br) Acesso em 25 de jul. de 2009.



### 2.5.1 O arrendamento

O arrendamento de instalações portuárias é previsto pela Lei n. 8.630/93, como forma de intensificar a eficiência do aproveitamento da infraestrutura, com a utilização dos terrenos ociosos existentes na Área do Porto organizado. Segundo o artigo 4º, I, da Lei n. 8.630/93, o contrato de arrendamento é imprescindível para quem deseje ampliar, construir ou melhorar uma instalação portuária. Como mencionado acima, os portos são explorados diretamente ou mediante concessão ou autorização. Diante disso, o que seria esse arrendamento? Seria um substituto dos institutos de outorga de serviço público? Substituiria a concessão?

O primeiro passo é explicar como o arrendamento se encaixa dentro da infraestrutura portuária. A Área do Porto Organizado compreende as instalações portuárias vinculadas à uma Administração Portuária, a qual constitui uma das esferas de regulação do porto e é responsável por gerir essas instalações portuárias.

Dentro de Área do Porto Organizado pode haver vários tipos de formas de prestação de serviço. A mais notória e conhecida é a concessão de serviço público, vinculada a determinadas instalações e terrenos. No entanto, pode ocorrer – e geralmente ocorre – de a concessão não abarcar toda a área do porto organizado, ou mesmo de o concessionário não querer explorar determinada área que lhe competia. Abre-se espaço, portanto, para os terminais privativos ou mistos ou os arrendamentos.

As áreas do porto organizado não utilizadas pelo concessionário principal podem ser exploradas mediante arrendamento. Esse é o título que autoriza o uso do bem público. Essa utilização de bem público pode ocorrer para a instalação de armazéns ou para a construção de terminais públicos ou privados. Quando o terminal for privado ou de uso misto, é necessária a autorização, prevista no artigo 4º, II, da Lei n. 8.630/93. Quando o terminal for público, é imprescindível para o início das operações a concessão de serviço público. É isso que se extrai do artigo 4º da Lei n. 8.630/93.<sup>218</sup>

Não é demais relembrar que nos casos dos terminais privativos localizados fora da área do porto organizado não é necessário o arrendamento se a área for privada, pois o arrendamento dirige-se ao uso de áreas públicas.

Diante disso, percebe-se que os arrendamentos destinam-se primeiramente à organização do solo. Essa é a premissa que não deve ser esquecida pelos estudiosos do direito

---

<sup>218</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. “O regime dos terminais...”, p. 118.

portuário. No entanto, esse arrendamento vem com algumas condições inexistentes no direito civil.

No direito civil, arrendamento é um contrato entre vivos, pelo qual o arrendante transfere, por prazo determinado, o domínio útil de um imóvel para terceiro (arrendatário), mediante pagamento (art. 1.399 do Código Civil de 2002). É característica dos contratos de arrendamento a possibilidade de o arrendatário usufruir e gozar dos frutos advindos da exploração do arrendamento. Há, portanto, geração de renda com o uso do bem arrendado.

Como os portos são bens da União, apesar da regulação prevista no Código Civil, também incide o disposto no Decreto-Lei n. 9.760/46, o qual disciplina o uso dos bens da União e prevê prazo máximo de 20 anos para o arrendamento (art. 96, parágrafo único) e rescisão do contrato por força do interesse público sem direito à indenização (art. 89, *caput*, III e art. 89, §2º). Essa característica geral dos arrendamentos – a ausência de indenização ao término do contrato – está ausente na modalidade portuária, como se verá adiante.

O Decreto n. 6.620/2008 divide os arrendamentos em operacionais e não-operacionais. São arrendamentos operacionais aqueles ligados à atividade portuária. Os não-operacionais são os comuns do direito público, que possuem as mais diversas destinações, como o comércio, o lazer, a educação, a cultura. Não há justificativa para que todo o arrendamento efetuado em área portuária siga as mesmas regras dos arrendamentos portuários propriamente dito, os quais possuem regras mais rígidas, mais deveres, ônus e encargos para o arrendatário. Portanto, neste trabalho entende-se por arrendamento portuário apenas aquele ligado às operações de um porto.

Além desse Decreto, há outros atos normativos que disciplinam os arrendamentos portuários. A Resolução n. 55 da ANTAQ, de 16 de dezembro de 2002, dispõe que as áreas arrendadas dentro do porto organizado sempre serão de uso público (art. 4º). Em virtude disso, toda a regulação do arrendamento portuário segue os princípios de direito público e apenas supletivamente o direito privado (art. 19). Pela Resolução, não há a possibilidade de arrendamento de terminal privativo.

Por seguir as normas de direito público, o arrendante pode impor alguns deveres ao arrendatário, inerentes ao regime a que está submetido. Segundo o artigo 6º da Resolução 55/02, *“o arrendamento de áreas e instalações portuárias é condicionado ao compromisso, pela arrendatária, da prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, em bases não discriminatórias”*.

Percebe-se que mesmo não sendo concessionária de serviço público, pela redação legal, a arrendatária presta serviço aberto ao público, garantida a isonomia entre usuários.

Provavelmente por conta disso não haja a previsão de arrendamento de terminal privativo. JUSTEN FILHO denuncia a impropriedade desses termos argumentando que a arrendamento não seria um instrumento jurídico adequado para a prestação do serviço público. Afirma, diferente do que prescreve a Resolução, que um arrendatário pode utilizar o terreno portuário para fins privados.<sup>219</sup> Sustenta o autor que:

O erro técnico da Lei n. 8.630 consistiu em pressupor que a legitimação jurídica para operar terminal de uso público ou de uso privativo serial algo inerente ao ato de legitimação de uso de bens. Portanto, o arrendamento de terminal de uso público atribuiria automática e implicitamente ao particular a competência para a prestação de serviço público. Já a autorização para exploração de terminal de uso privativo significaria a liberação de o particular promover a exploração de operações portuárias segundo o regime de Direito Privado.

Essa pressuposição era uma simplificação das situações jurídicas, tornando obscura a existência de outros atos jurídicos administrativos.<sup>220</sup>

Como nota GONZÁLES BORGES, no arrendamento portuário não há apenas o uso do bem público para uma finalidade particular, pois o bem também se destina à exploração de frutos e exploração de serviço qualificado como público pela Constituição.<sup>221</sup> Ela qualifica tais contratos como sendo concessões remuneradas de uso de bem público. No entanto, enfatiza que a mudança de posicionamento não se deve à natureza da atividade prestada, mas aos investimentos realizados pelo arrendatário, os quais não seriam indenizados pelo regime previsto pelo Decreto-Lei n. 9.760/46,<sup>222</sup> bem como à disciplina trazida pela Lei n. 8.630/93, a qual prevê a licitação como forma de escolha do arrendatário (art. 4º, I), as cláusulas exorbitantes no contrato de arrendamento (art. 4º, §4º) e o seu prazo (art. 4º, §4º, XI).

A Lei n. 10.233/01 abre a possibilidade de o contrato de concessão de serviço público portuário seja atrelado ao contrato de arrendamento. Assim dispõe o artigo 14, §3º, da Lei:

Art. 14. O disposto no art. 13 aplica-se segundo as diretrizes:

I – depende de concessão:

a) a exploração das ferrovias, das rodovias, das vias navegáveis e dos portos organizados que compõem a infra-estrutura do Sistema Nacional de Viação (...)

§ 3º As outorgas de concessão a que se refere o inciso I do art. 13 poderão estar vinculadas a contratos de arrendamento de ativos e a contratos de construção, com cláusula de reversão ao patrimônio da União.

<sup>219</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. “O regime dos terminais...”, p. 117.

<sup>220</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. “O regime dos terminais...”, p. 118.

<sup>221</sup> BORGES, Alice Maria Gonzáles. Contratos de arrendamento. Áreas e instalações portuárias. Regime jurídicos. Problemas decorrentes da superveniência da nova legislação de modernização portuária e soluções para sua aplicação. . Em: \_\_\_\_\_. **Temas de direito administrativo atual**: estudos e pareceres. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 325.

<sup>222</sup> BORGES, Alice Maria Gonzáles. “Contratos de arrendamento...” , p. 328.

O argumento de JUSTEN FILHO de que há dois tipos de contrato – um dirigido à prestação do serviço público e outro dirigido ao uso do bem público - ganha força com essa previsão legal. No entanto, o que se constata na prática é a existência de apenas um contrato de arrendamento, que faz as vezes de instrumento de outorga de serviço público.

Pela Lei de Modernização dos Portos, os contratos de arrendamento devem prever o prazo e o objeto do contrato (art. 4º, §4º, I), com cláusulas sobre o modo de prestação do serviço e as metas a serem atingidas (art. 4º, §4º, II), bem como os encargos e direitos do arrendatário para a utilização dos bens (art. 4º, §4º, V e VI), os quais serão fiscalizados pelo Poder Público. Segundo a Lei, o contrato deverá prever a reversão de bens ao patrimônio da União ao seu término (art. 4º, §4º, VII), a qual será regulada segundo o regime geral de concessões de serviço público (art. 4º, §6º).

Diante dessas modificações trazidas pela Lei 8.630/93, surge uma “*nova forma contratual administrativa, atípica, híbrida, mista*”.<sup>223</sup> Como mencionado acima, as áreas portuárias são escassas e devem ser bem utilizadas. A fixação de padrões de prestação de serviço vai ao encontro dessa premissa. É o novo serviço público que surge, outorgado por formas novas, diferentes da concessão e da autorização. É nesta perspectiva que funciona a relação entre o arrendatário e o arrendante.

Nesse sentido, MARQUES NETO e BARBALHO LEITE chamam a atenção para o fato de que o arrendamento não se destina apenas à ordenação do espaço e ao seu uso eficiente, pois há uma preocupação com a qualidade da atividade exercida pelo particular. Segundo eles, “*longe de ser simples escolha do particular, o exercício da atividade portuária é uma exigência contratual imposta pelo Poder Concedente, sendo, assim, impossível cingir o âmbito do arrendamento à mera concessão de uso ou ao arrendamento ditado pelo Código Civil (que se assemelha à locação)*”.<sup>224</sup>

Foi essa a linha adotada pela Resolução n. 55 da ANTAQ. Tal Resolução traz encargos semelhantes do concessionário de serviço público ao arrendatário. A única diferença entre eles seria o instrumento de outorga. A Resolução dispõe que o contrato de arrendamento é um contrato administrativo e deve seguir as normas de direito público (art. 19). Além disso, prevê uma série de direitos e obrigações dos arrendatários, típicas de prestador de serviço público, como a observância da igualdade entre os usuários, da

---

<sup>223</sup> BORGES, Alice Maria Gonzáles. “Contratos de arrendamento...”, p. 333. No mesmo sentido: GROTTI, Dinorá Musetti. **O serviço público...**, p. 203.

<sup>224</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LEITE, Fábio Barbalho. “Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário”. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, v. 231, jan./mar. 2003, p. 280.

regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade de preços (art. 29, XVI, Resolução n. 55).

Mas não apenas na regulação do serviço público a Resolução n. 55 da ANTAQ foi salutar. Definiu como se dará a reversão dos bens, bem como definiu algumas questões referentes à concorrência e à alterabilidade dos contratos.

A reversão implica a transferência da titularidade dos bens até então sob domínio do arrendatário para o arrendante. Não se pode esquecer a premissa que o arrendamento é o usufruto de terreno da União. Daí porque não há arrendamento portuário de área privada.<sup>225</sup>

Como anota JUSTEN FILHO, geralmente a reversão é amortizada durante o contrato, de modo que as tarifas contêm variável que engloba o serviço prestado e a indenização pelos bens que reverterão para a Administração.<sup>226</sup> No entanto, é de se lembrar que no contrato de arrendamento portuário é o arrendatário quem paga à Administração pelo direito de usar o bem público. Isso fica claro no art. 4º, §4º, IV, da Lei n. 8.630/93, o qual prevê que o contrato de arrendamento deve prever “*valor do contrato, nele compreendida a remuneração pelo uso da infra-estrutura a ser utilizada ou posta à disposição da referida instalação, inclusive a de proteção e acesso aquaviário*”. A reversão será amortizada, portanto, com a tarifa paga pelos usuários.

No caso de extinção do contrato, sem que tenha havido a amortização dos bens revertidos, como se trata de uma modalidade de desapropriação,<sup>227</sup> a Resolução n. 55 da ANTAQ prevê a sua indenização, conforme dispõe o art. 41:

Art. 41. Extinto o arrendamento, retornam à Autoridade Portuária os direitos e privilégios decorrentes do arrendamento, com reversão dos bens vinculados, assumindo a Autoridade Portuária, até a celebração de novo contrato de arrendamento, a administração da instalação, mediante a ocupação da respectiva área, com seus equipamentos e materiais e, em caso de excepcional interesse público, a utilização dos recursos humanos vinculados à sua operação.

Parágrafo único. Os bens reversíveis resultantes de investimentos autorizados serão transferidos para o patrimônio do porto mediante indenização, pela Autoridade Portuária, do valor residual constante dos registros contábeis da arrendatária.

<sup>225</sup> Discorda-se, portanto, de Carlos LOBO, que defende existir um arrendamento de áreas privadas. LOBO, Carlos. “Os terminais portuários privativos na Lei n. 8.630/93”, p. 30.

<sup>226</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**, p. 570.

<sup>227</sup> Segundo Marçal JUSTEN FILHO, “no término da concessão, assegura-se ao concessionário a indenização pelos bens reversíveis ainda não amortizados. Essa transferência compulsória de domínio de bens corresponde a uma modalidade de desapropriação. Exige-se, portanto, prévia e justa indenização em dinheiro”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria das concessões de serviço público**, p. 570

Percebe-se, portanto, que a legislação trouxe o modo como ocorrerá a indenização, na hipótese de não amortização dos bens pelos preços praticados em virtude da exploração da área arrendada. Ao dispor que a reversão ocorrerá pelo “*valor residual constante dos registros contábeis*”, a Resolução n. 55 utiliza o valor contábil (art. 42), ou seja, o custo histórico para o cálculo da indenização. Em reversões, a indenização pode ocorrer pelo custo histórico, ou seja, quanto se gastou para adquirir determinado bem, ou pelo custo de reprodução, ou seja, qual é o custo para se adquirir determinado bem.<sup>228</sup> Como a resolução menciona o valor residual, entende-se que há orientação para que a reversão ocorra pelo custo histórico.

É de se ressaltar que a indenização pela a reversão de bens é consequência comum a todas as formas de extinção do arrendamento, as quais são o término do prazo, a caducidade, a anulação, a rescisão administrativa e a falência ou extinção da empresa arrendatária (art. 32 da Resolução n. 55).

Em relação à concorrência, a Resolução n. 55 da ANTAQ colocou rédeas nas concentrações de poder econômico, tentando atenuá-las. Como mencionado acima, a infraestrutura portuária demanda grandes investimentos, os quais serão recuperados a longo prazo. Por isso, não é de se estranhar que o poder econômico seja uma constante no setor. A ANTAQ, deve usar meios para impedir a concentração de mercado e a concorrência imperfeita (art. 20, III, alínea “b”, da Lei n. 10.233/01). Um desses instrumentos é a necessidade de prévia comunicação da ANTAQ no caso de transferência societária (art. 24 da Resolução n. 55). Caso essa transferência represente concentração, ou seja, se a pessoa jurídica para qual se transferiu o controle acionário já explore outro terminal congênere no mesmo porto, a autorização da ANTAQ é medida de rigor para que a mudança societária venha a ocorrer (art. 25 da Resolução n. 55).

Por fim, cabe mencionar a questão atinente à alterabilidade do contrato. É ingênuo imaginar que um contrato de arrendamento fique imutável durante seu longo prazo de duração, que pode chegar a cinquenta anos (art. 30 da Resolução n. 55). Essa mutação contratual é tão peculiar aos arrendamentos portuários que a Lei de Modernização determina, em seu artigo 4º, §4º, VIII, que as obrigações dos contratantes sofrerão alterações dependendo das necessidades do serviço e modernização, aperfeiçoamento e ampliação das instalações.

Como mencionado acima, o setor portuário trabalha com recursos escassos. Melhorar a eficiência do uso desses recursos é medida de rigor. Por conta disso, admitir a

---

<sup>228</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria das concessões de serviço público**, p. 570.

imutabilidade contratual é o mesmo que compactuar com a perpetuação de sistemas de logística e de tecnologia que não atendem à prestação do serviço. É correto, portanto, afirmar que a alteração nos contratos de arrendamento “*não é um superveniência remota e improvável, não requer, pois, um fato especialmente inesperado*”.<sup>229</sup> Para haver a alteração, basta que haja um fundamento razoável que a justifique, como o aumento de demanda de determinado serviço portuário, por exemplo.

Podem-se dividir essas mudanças contratuais em dois grupos: o primeiro, referente ao próprio objeto do contrato; o segundo, relativo às suas cláusulas financeiras e outros direitos e deveres dos contratantes.

Em relação ao primeiro grupo, ou seja, o objeto do contrato, a partir do momento em que o próprio ato normativo que regula os arrendamentos estipula que é imperioso haver previsão quanto à ampliação das instalações, o próprio objeto do contrato é atingido. A questão consiste em saber se essa ampliação ou alteração do objeto do contrato possui a limitação de 50% do valor do contrato, conforme estabelece o artigo 65 da Lei n. 8.666/93. Caso ultrapassado esse limite, haveria violação à necessidade de licitação, o que faz com que a alteração, nos termos da Lei de Licitações, seja ilegal.

Em casos em que a adaptação que necessite ser feita ultrapasse esses valores, se houver justificativa operacional, respaldada por juízo técnico-administrativo, há a possibilidade de ultrapassar tais valores,<sup>230</sup> sem necessidade de nova licitação. “*A utilidade da licitação não pode acarretar a inutilidade da concessão: a invocação do respeito às condições originais não pode conduzir à manutenção de cláusulas inadequadas*”.<sup>231</sup>

O Tribunal de Contas da União, em acórdão do Ministro HUMBERTO SOUTO, já decidiu que, respeitadas as peculiaridades do caso concreto, as alterações nos contratos de arrendamento não precisam obedecer aos limites trazidos pela Lei n. 8.666/93.<sup>232</sup> No caso, tratava-se de alteração das próprias funções do Porto de Sepetiba, o qual fora projetado em meados dos anos 80, sem previsão para um terminal de contêineres. Havia apenas a exploração de ferro, carvão e gusa. Para alterar o contrato ao prever a construção de um terminal de contêineres, houve um acréscimo de 142% do valor inicialmente contratado. Os Ministros do TCU entenderam haver a alteração qualitativa do contrato, conceituada pelo

<sup>229</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LEITE, Fábio Barbalho. “Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário”, p. 287.

<sup>230</sup> Neste sentido: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LEITE, Fábio Barbalho. “Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário”, p. 290.

<sup>231</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria das concessões de serviço público**, p. 445.

<sup>232</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 96/1999, Relator Ministro Humberto Souto, DOU 02/07/1999.

Relator como “*aquelas decorrentes de modificações de projeto ou de especificações, para melhor adequação técnica aos objetivos da Administração, entendidos como a satisfação do interesse público*”,<sup>233</sup> o que justificaria a alteração.

Há, portanto, duas considerações que devem ser levadas em conta quando se trata de alteração do objeto do contrato: um juízo técnico-administrativo que indique a necessidade da mudança e que essa mudança reverta em uma alteração qualitativa para a prestação do serviço público.

Além disso, outro aspecto relevante do arrendamento deve ser levado em conta. Com o arrendamento, a Administração Pública passa a receber recursos. Ela não gasta nada para ampliar as infraestruturas arrendadas. Dessa forma, os limites da Lei n. 8.666/93 não se aplicariam a este caso, pois tais contentores destinam-se às hipóteses que a Administração Pública tem de dispor de recursos. Não é o caso do arrendamento, tampouco das concessões de serviço público.<sup>234</sup>

Já em relação ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a Resolução n. 55 determina a reunião quinqüenal dos interessados a fim de discutir a divisão dos riscos e a adequação do objeto ao fim perseguido pelos contratantes. Segundo o artigo 28, parágrafo único, da Resolução:

O contrato conterá, ainda, disposição prevendo a reunião das partes, a intervalos de cinco anos, para examinar a eventual ocorrência de externalidades que tenham afetado, de forma permanente e substancial, a operação da arrendatária e, nesta hipótese, renegociar o ajuste de sorte a, conforme o caso, estabelecer condições de viabilidade econômica para exploração das áreas e instalações arrendadas, ou promover a distribuição equitativa dos benefícios resultantes entre a arrendatária, a Autoridade Portuária e os usuários, vedada a ampliação do período de vigência.

Percebe-se, portanto, que a mutabilidade contratual é algo ínsito ao arrendamento. As variações incidentes no contrato, independente de sua fonte, forçam a sua mudança, pois só assim ele continuará a existir, em consonância com as demandas exigidas dos usuários e do próprio serviço prestado.<sup>235</sup>

---

<sup>233</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 96/1999, Relator Ministro Humberto Souto, DOU 02/07/1999.

<sup>234</sup> Ampliar em JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria das concessões de serviço público**, p. 443/444.

<sup>235</sup> Ampliar em MOREIRA, Egon Bockmann. “Agências administrativas, contratos de serviço público e mutabilidade regulatória”. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 25, 2009, p. 109/113.



### 2.5.2 A autorização de serviço público

A doutrina identifica as diversas espécies de atos, dentre os quais se destacam a admissão, a aprovação, a autorização, a concessão, a homologação, a licença e a permissão.<sup>236</sup> A diferença entre eles gira em torno dos binômios discricionariedade/vinculação, ato unilateral/ato bilateral, ato precário/ato definitivo. Apesar da nomenclatura dos atos variar, a doutrina tradicional do direito administrativo é uníssona ao afirmar que a “*autorização é ato discricionário, precário, unilateral, no qual a Administração faculta ao interessado exercer determinada atividade, cujo exercício seria proibido sem esse consentimento*”.<sup>237</sup>

Por outro vértice, o conceito de serviço público, além dos seus aspectos formais e subjetivos, é atrelado a expressões como “dignidade da pessoa humana”,<sup>238</sup> “satisfação da coletividade”,<sup>239</sup> “atividades de interesse coletivo” e “necessidades públicas”.<sup>240</sup> Ao lado desse atributo material, a doutrina tradicional coloca o princípio da continuidade do serviço público como elemento central da teoria, pois o serviço público, devido a sua essencialidade, não pode ser interrompido.

Autorização e serviço público seriam, portanto, conceitos antagônicos. Conceber-se a autorização (precária e discricionária) de serviço público (contínuo) é, com essas acepções, algo impensável e ilógico para alguns estudiosos do direito, como será visto adiante.

No entanto, o artigo 21, XII, Constituição prevê que a prestação dos serviços ali enumerados pode ser feita mediante concessão, permissão e autorização. O art. 175 da Constituição, por sua vez, dispõe que a prestação dos serviços públicos ocorra por meio de concessão e permissão, silenciando-se quanto à autorização. Diante disso, seria possível uma autorização de serviço público? O Constituinte errou? Qual o sentido da autorização prevista no artigo 21 e incisos da Constituição? A doutrina possui diferentes respostas para essas perguntas. Pode-se agrupá-las em *quatro grupos*.

O *primeiro grupo* preza pela aplicação tradicional do conceito de autorização, o qual está ligado ao poder de polícia, não admitindo desvios na sua utilização.

A autorização de serviço público existiria apenas quando o prestador do serviço público desejasse oferecer determinada atividade, no seu exclusivo interesse particular. Sem a

<sup>236</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**, p. 402/403. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 210/214.

<sup>237</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, p. 219. No mesmo sentido: MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo**, p. 402/403; POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização administrativa**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 57/70.

<sup>238</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 478.

<sup>239</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo**, p. 619.

<sup>240</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, p. 97 e 101.

autorização, a atividade seria ilícita. A autorização, nesse caso, possui os mesmos contornos da autorização para desenvolvimento de uma atividade privada – como um alvará para funcionamento de determinado empreendimento comercial - ou de atos da vida civil - como são o porte de armas e a autorização para viagem de menor desacompanhado, por exemplo. Está, pois, atrelada ao poder de polícia e possui as características tradicionais da autorização: precária, sem tempo determinado, discricionária.<sup>241</sup> A autorização de serviço público manteria seus contornos tradicionais, existindo para albergar os serviços de fácil execução, como na manutenção de jardins e praças, com a colocação do nome do responsável pela manutenção.

Ao sair do campo constitucional e examinar a lei, DI PIETRO conclui que a autorização para serviço de telecomunicações configura transgressão ao conceito de autorização, pois a modifica para ato vinculado, o qual poderia ser outorgado mesmo se contrário ao interesse público.<sup>242</sup> Alerta para o fato de que a autorização prevista pela Lei 9.472/97 (LGT),<sup>243</sup> ao trazer dois regimes de prestação dos serviços – o público e o privado – fez uma distinção ausente na Constituição, o que faz com que tal divisão e suas conseqüências, dentre as quais está a autorização para serviços de telecomunicações, sejam inconstitucionais.<sup>244</sup> Há, segundo DI PIETRO o uso indevido do vocabulário, o qual “*não justifica a alteração do conceito*”.<sup>245</sup>

O *segundo grupo* parte da análise do artigo 175 da Constituição, o qual prevê que os serviços públicos serão prestados mediante concessão e permissão, de modo que são apenas essas as duas formas de prestação de serviço público admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Não se admite, portanto, outras formas de sua outorga.

Para BANDEIRA DE MELLO a autorização de serviço público, prevista no art. 21 da Constituição, poderia ter duas aplicações: ou (i) é expressão do poder de polícia, ou seja, restringe-se àquelas atividades exercidas pelos prestadores de serviço público que dependem da retirada de um obstáculo para ser lícitas, como é o caso da comunicação de empresas por meio de fibra ótica; ou (ii) abrange casos em que, em condições normais, haveria a prestação

<sup>241</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 136/137.

<sup>242</sup> Ibid., p. 139.

<sup>243</sup> Nesta parte inicial do presente estudo, serão freqüentes a remissão à Lei Geral de Telecomunicações, a qual traz vários modelos úteis para aplicação no estudo da autorização portuária, a qual será analisada na segunda parte do trabalho.

<sup>244</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**, p. 141.

<sup>245</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, p. 220. No mesmo sentido, MEIRELLES e seus atualizadores afirmam que “*lamentavelmente, a natureza jurídica da autorização não vem sendo respeitada pelo legislador*”, pois ela passa a assumir caracteres como a presença de prazo, o que lhe confere contorno “*quase contratual*”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo**. 29 ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 186.

de serviço público, mas em razão da emergência, as formas de outorga tradicionais não seriam possíveis, de modo que a Administração autoriza a prestação de serviços públicos. Seria o caso, por exemplo, da prestação de serviços de eletricidade em comunidades amazônicas.<sup>246</sup>

O *terceiro grupo* trabalha com distinção existente no direito brasileiro entre atividades econômicas privadas e serviço público, mencionada no item 2.4.<sup>247</sup>

A autorização de serviço público seria utilizada, portanto, naqueles casos em que se permite a utilização de um regime privado para a prestação de determinadas atividades, como ocorre com as telecomunicações. A Lei n. 9.472/97 prevê dois regimes para a prestação de serviços de telecomunicação: o regime público (art. 79 e seguintes) e o regime privado (art. 126 e seguintes). A autorização seria utilizada para as atividades exercidas em regime privado, sendo impensável utilizá-la quando se estiver diante de um serviço público.<sup>248</sup>

É por isso que não se pode, segundo JUSTEN FILHO, utilizar a autorização quando cabíveis a concessão e a permissão. Cada instituto dirige-se a determinada finalidade. Segundo o autor, *“os poderes, direitos e deveres que decorrem para as partes, nas três hipóteses, são inconfundíveis entre si. É impossível a substituição de concessão e permissão por autorização. Não são três institutos fungíveis entre si cuja adoção dependeria de mera opção da Administração Pública”*.<sup>249</sup>

Tal entendimento é compartilhado por GROTTI, para quem a lei prevê as hipóteses de quando será utilizada a autorização e quando serão utilizadas as formas tradicionais de outorga de serviço público.<sup>250</sup> Para esse grupo, não é possível a autorização de serviço público, mas apenas a autorização de atividade econômica atrelada à prestação do serviço público.<sup>251</sup>

Este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, para quem o artigo 21 da Constituição só trará um serviço público quando estiver presente a essencialidade para toda a coletividade. Do contrário, será atividade econômica. No Recurso Extraordinário n. 220.999-7, relatado pelo Ministro MARCO AURÉLIO (vencido), o Supremo Tribunal Federal, em voto do Min. NELSON JOBIM, ancorado nas lições de Duguit, Eros Grau e Ruy Cirne Lima, afirmou que a União não possui o dever de manter empresa de transporte para atender interesse

<sup>246</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo**, p. 669.

<sup>247</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, p. 124/125.

<sup>248</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**, p. 45.

<sup>249</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 548.

<sup>250</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e a sua transformação, Em: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) **Direito administrativo econômico**. 1 ed., 3 tir. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 69.

<sup>251</sup> No mesmo sentido: ARAGÃO, Alexandre Santos. Atividades privadas regulamentadas: autorização administrativa, poder de polícia e regulação. **Revista de direito público da economia**. Belo Horizonte, ano 3, n. 10, abr./jun. 2005, p. 46.

privado, de modo que nem toda atividade prevista no art. 21, XI e XII, da Constituição, é serviço público.

Em outra oportunidade, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por maioria, a possibilidade de uma mesma atividade ser explorada por meio do regime privado e do regime público, dependendo da atividade. Na ADI 1.668, o Min. SEPÚLVEDA PERTENCE asseverou: *“Não me parece, à vista da alteração constitucional do inciso XI do art. 21 da Constituição, que haja a impossibilidade essencial de que o serviço, por ser de interesse coletivo, seja prestado em regime público, como está na lei, e, concomitantemente, em regime privado. É esta, boa ou má, a inspiração da revisão constitucional”*.

O quarto grupo faz uma análise da lei e da Constituição para desconstruir o conceito tradicional de autorização. Questionam a doutrina vigente, os dogmas, as verdades que encobrem o autoritarismo das formas e dos institutos. Tudo isso para demonstrar que há algo novo, que acaba com a estabilidade desejada no Direito.

Segundo SUNDFELD, a doutrina do direito administrativo brasileiro, *“fascinou-se com seus próprios equívocos”*. Para o autor, a Constituição não dá qualquer indício de que a autorização seja sempre precária, pois *“as referências constitucionais a ela sempre foram neutras, não contendo a indicação de seu regime jurídico quanto ao ponto”*. Essa mesma doutrina, que sempre se utilizou o direito comparado, esqueceu-se que em vários países a expressão “autorização” não possui um mesmo sentido. Conclui que apenas a lei dirá se uma autorização será precária ou não.<sup>252</sup>

Na mesma linha de raciocínio, conceber que a licença é vinculada e a autorização é discricionária não resolve os problemas postos na atualidade, pois *“esse modelo teórico foi concebido para um direito positivo muito mais simples do que o atualmente vigente. Hoje, é fonte de mais equívocos que soluções”*.<sup>253</sup>

Esse entendimento é compartilhado por BARBOSA para quem não se pode afirmar que a Constituição dispôs, em nenhum momento, que a autorização seja ato discricionário e precário, de modo que o legislador pode avaliar se para determinada atividade é mais vantajoso utilizar o ato vinculado em detrimento do discricionário. Segundo o autor, *“caso o legislador entenda conveniente, poderá eliminar a discricionariedade do administrador. Assim, os diplomas legais que eliminam a discricionariedade do administrador, tratando a*

---

<sup>252</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Regime jurídico do setor petrolífero. Em: \_\_\_\_\_. **Direito administrativo econômico**. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 394.

<sup>253</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 46.

*autorização como ato vinculado são compatíveis com a Constituição*".<sup>254</sup> A autorização não é, portanto, necessariamente discricionária, cabendo ao legislador atribuir-lhe ou não tal adjetivo.

COUTO E SILVA avança no estudo das formas de outorga, ponderando que até mesmo a permissão de serviço público recebeu óbices da doutrina, pois, para se adequar ao regime jurídico especial dessas atividades e para ser compatível com a Constituição, era necessário que ela assumisse contornos de contrato, algo impensável até então para a maioria, a qual concebia a permissão como ato administrativo.

Segundo COUTO E SILVA, a permissão de serviço público é formalizada por meio de contrato administrativo, por força do artigo 175, parágrafo único, da Constituição, "*lei disporá sobre o regime das concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão*". Não há qualquer menção a ato administrativo, mas contrato. É por isso que o autor propõe que se faça uma leitura da Constituição a partir dela mesma, "*cortando qualquer tentação de uma leitura do presente com olhos do passado*".<sup>255</sup>

Mas não apenas a permissão merece estudo de COUTO E SILVA, pois a autorização constitui os delineamentos do "serviço público à brasileira". A autorização de serviço público pode ser ato discricionário, mas também pode ser ato vinculado, quando a isonomia, a transparência e o Estado Democrático de Direito afastarem a discricionariedade.<sup>256</sup> No caso dos serviços públicos, caso se admitisse que a autorização assumisse seus contornos tradicionais conferidos pela doutrina, haveria uma interpretação da Constituição conforme parte da doutrina do direito administrativo ensina e não conforme a própria Constituição.<sup>257</sup>

Caso se admitisse a autorização de serviço público como ato discricionário, não haveria como compatibilizá-la com o art. 37 da Constituição, em especial, com os princípios da impessoalidade, da publicidade, da eficiência e da igualdade. A autorização, como ato vinculado, exige que o administrador exponha as razões objetivas e subjetivas pelas quais autorizou a prestação do serviço por determinado agente e possibilita que haja maior controle sobre os atos da Administração. Segundo o autor:

<sup>254</sup> BARBOSA, Daniel Marchionatti. Delineamentos constitucionais da autorização para execução de serviços do art. 21, incisos XI e XII, da Constituição, **Revista da AJUFERGS**, Porto Alegre, n. 4, p. 46.

<sup>255</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público 'à brasileira'?, p. 62.

<sup>256</sup> SILVA, Almiro do Couto e. "Privatização no Brasil...", p. 64.

<sup>257</sup> SILVA, Almiro do Couto e. "Privatização no Brasil...", p. 69.

Estas considerações são suficientes para lembrar **que se deve começar a interpretar a Constituição a partir da própria Constituição**. Por certo, se a Constituição ao usar determinada expressão ou conceito o faz invariavelmente no sentido que lhe atribui a doutrina, ao qual não se contrapõem princípios contidos, expressa ou implicitamente na própria Constituição, poder-se-á daí tirar acertadamente a conclusão de que a Constituição incorporou ao seu texto conceito em sentido rigorosamente técnico-jurídico. Ocorre, porém, que nem todos os conceitos jurídicos são unívocos e aceitos indiscrepantemente na doutrina.<sup>258</sup>

Percebe-se que a legislação brasileira, em especial, a Lei n. 9.472/97 incorporou a autorização de serviço público como ato vinculado,<sup>259</sup> ao prever condições objetivas e subjetivas para as autorizações (arts. 132 e 133), bem como a necessidade de contraditório e ampla defesa no momento de sua extinção (art. 144).

E como a expressão “autorização” é polissêmica,<sup>260</sup> não se pode afirmar que a Constituição acolheu qualquer uma das acepções acima descritas em detrimento de qualquer outra. Isso faz com que COUTO E SILVA conclua que o conceito de autorização constitucional é mais amplo.<sup>261</sup>

Outra característica da “nova” autorização é o fato de deixar de ser apenas declaratória de direitos e passar a ser constitutiva, não apenas do direito original de explorar determinada atividade, mas de uma série de outros direitos e deveres atinentes à própria autorização.

A Lei n. 9.742/97, por exemplo, impõe uma série de deveres do autorizatório, dentre os quais se destacam a (i) diversidade, aprimoramento e qualidade dos serviços oferecidos; (ii) respeito ao direito dos usuários; (iii) prevalência do interesse público e do interesse coletivo; (iv) desenvolvimento tecnológico do setor; (v) sujeição à freqüente fiscalização. O art. 135 da Lei prevê a possibilidade de assunção de compromissos visando ao interesse da coletividade, cujo descumprimento está sujeito a pena de multa, suspensão de direitos e caducidade (art. 137). Percebe-se, portanto, que a autorização deixa de ser simples liberação para o autorizado exercer determinada atividade, pois faz com que ele assuma uma série de encargos e obrigações, típicas daqueles que exercem atividade em colaboração com o Estado.

<sup>258</sup> SILVA, Almiro do Couto e. “Privatização no Brasil...”, p. 70, negrito ausente no original.

<sup>259</sup> Isso não quer dizer que toda e qualquer autorização no direito brasileiro seja vinculada. Ainda persistem as autorizações discricionárias, sobretudo na sua utilização clássica, como a retirada de obstáculo para a realização de determinada atividade.

<sup>260</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**, p. 165. No mesmo sentido, POMPEU afirma que a autorização é aplicada de forma genérica, com confusão terminológica. Ampliar em: POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização administrativa**, p. 55.

<sup>261</sup> SILVA, Almiro do Couto e. “Privatização no Brasil...”, p. 71. Sobre a polissemia nos conceitos jurídicos, SOARES afirma que antigamente, o jurista utilizava a univocidade de conceitos gerais; hoje, o jurista verifica que “toda a segurança lhe escapou”. SOARES, Rogério Enhardt. **Direito público e sociedade técnica**. Coimbra: Atlântida, 1969, p. 28.

Como se verá adiante, na questão portuária, o autorizado também recebe encargos e atua em colaboração com o setor público.

A autorização pode ser vinculada, gera deveres próprios dos serviços públicos e obrigações recíprocas entre autorizador e autorizado. A precariedade da autorização de serviço público deixa de ser marca registrada, uma vez que existem condições objetivas e subjetivas a ser preenchidas e, em quase todos os setores nos quais há a autorização existe o dispêndio de recursos financeiros.<sup>262</sup> Qual o investidor que dirigiria grande volume de capital para investir em empreendimento, cuja autorização poderia ser cassada ou anulada a qualquer momento, sem justificativa? Se os novos desenhos do Estado visam à participação ativa da iniciativa privada, a precariedade tem que dar lugar à segurança.

Mas não é só isso. Assim como a concessão e a permissão de serviços públicos, a autorização configura forma de participação do particular na persecução do interesse público. Isso porque o art. 21, inciso XII, da Constituição permite a conclusão que os serviços ali enumerados configuram serviço público. As autorizações são, portanto, formas alternativas de o Estado prestar indiretamente determinada atividade, denominada de serviço público.

Há, portanto, nova realidade que se coloca diante do jurista. Diante disso é preciso lembrar as lições de Rogério SOARES quando ensina que *“o jurista pretexta esquecer que as soluções positivas que tem de comentar constituem uma fase num processo inacabado, e apresenta-as como se elas significassem a definitiva arrumação das estruturas políticas”*.<sup>263</sup>

Diante dessa constatação, é válido classificar toda e qualquer atividade prevista no artigo 21 e seus incisos como serviço público? Isso porque, até o presente momento, só se falou das características da autorização, de modo que não se traçou nenhuma diferença crucial no cerne das diferenças do terceiro para o quarto grupo.

## 2.6 Os vários regimes da atividade portuária

Dentro da idéia de que o Estado não precisa prestar, diretamente, todas as atividades previstas no artigo 21 da Constituição, a Lei de Modernização dos Portos (Lei n. 8.630/93) trouxe novas figuras para o setor portuário, as quais evidenciam a pluralidade de regimes existentes.

---

<sup>262</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. As concessões e autorizações petrolíferas e o poder normativo da ANP, **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, v. 228, abr./jun. 2002, p. 259-260.

<sup>263</sup> SOARES, Rogério Enhardt. **Direito público e sociedade técnica**. Coimbra: Atlântida, 1969, p. 23/24.

Apesar de não ser correto trazer conceitos na redação das leis, segundo a melhor técnica de elaboração legislativa, no artigo 1º, §1º, V, da Lei n. 8.630/93 há a definição de “instalação portuária de uso privativo”: *“explorada por pessoa jurídica de direito público ou privado, dentro ou fora da área do porto, utilizada na movimentação de passageiros ou na movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário”*.

O Decreto n. 6.620, de 29 de outubro de 2008, explicita esse conceito legal, ao afirmar, no artigo 2º, IV, que a instalação portuária de uso privativo é aquela *“explorada por pessoa jurídica de direito público ou privado, dentro ou fora da área do porto organizado, utilizada na movimentação de passageiros ou na movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinados ou provenientes do transporte aquaviário”*.

Como mencionado acima, a Lei de Modernização dos Portos trouxe novas figuras para o sistema portuário. Ao lado dos terminais públicos, previu a existência de terminais privativos, os quais podem ter uso exclusivo, misto, destinado ao turismo e ao transbordo de cargas. Os terminais de uso exclusivo destinam à movimentação de cargas próprias, enquanto os terminais de uso misto podem movimentar cargas próprias e de terceiros.

Segundo JUSTEN FILHO, partindo da distinção entre serviço público e atividade econômica, os terminais públicos são aqueles destinados ao uso público, sendo o meio pelo qual a União satisfaz a obrigação constitucional de prestar o serviço público. Já os terminais privativos seriam destinados a preencher uma necessidade gerada pela atividade econômica em sentido estrito, sem a necessidade de atender os princípios da continuidade e da universalidade e sem a incidência do regime de Direito Público.<sup>264</sup> Todavia, essa concepção não será adotada no presente trabalho. Se o artigo 21, inciso XI, “f”, da Constituição possibilita a interpretação que se a atividade é considerada serviço público, ela assim o será. O que muda, como explicitado acima, é o regime jurídico a que essa atividade estará sujeita.

No caso dos terminais públicos, concorda-se com JUSTEN FILHO quando afirma que a União é quem deve satisfazer a obrigação de prestar o serviço público, diretamente ou mediante concessão ou permissão. A própria Lei de Modernização dos Portos prevê que, para o arrendamento de instalação portuária pública, é necessária prévia licitação (art.4º, I), estipulando as cláusulas essenciais do contrato, dentre as quais há os direitos e deveres do usuário e a reversão dos bens à União quando do término do contrato (art. 4º, §6º).

---

<sup>264</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. “O regime jurídico...”, p. 101.



Discorda-se de sua posição quanto à natureza da atividade exercida pelos terminais privativos mistos. O artigo 21, XI, “f”, da Constituição possibilita a interpretação de que os serviços portuários são serviços públicos. Não há abertura para considerar tais atividades como atividade econômica em sentido estrito. No entanto, como mencionado acima, nem todo serviço público precisa ter o mesmo tipo de regulação.

No caso do setor portuário, a Lei prevê a existência de um serviço público, cuja outorga para prestação não precisa ser a concessão, tampouco que todas as Leis de Rolland estejam presentes. Os direitos dos usuários decorrem do contrato entabulado com o terminal privativo e do conteúdo da autorização. O regime de direito público não dá lugar ao regime de direito privado, mas ao regime de direito privado administrativo, ou seja, a convivência do direito público com o direito privado. O escoamento e a entrada de mercadorias ocorrerão utilizando práticas comerciais privadas, atenuadas pelo regime jurídico em que está inserido o explorador de um terminal portuário privativo. Em outras palavras: *“Não significa o desaparecimento do direito subjetivo à liberdade de empresa, mas um comprometimento maior por parte do particular para se atingir determinados resultados em prol da coletividade, cuja competência incumbia originalmente à Administração Pública”*.<sup>265</sup> O terminal pode adotar práticas do livre mercado, desde que respeite as obrigações assumidas no termo de adesão. Utiliza-se institutos de direito privado, sem se esquecer que a finalidade atingida é, ao final, pública.

#### 2.6.1. As atividades exercidas pelos terminais privativos de uso misto

Em relação aos terminais de privativo misto, a possibilidade de se classificar a atividade exercida pelos terminais portuários privativos é chancelada em parte pelo Decreto 6.620/08, o qual prevê que o regime privado é o que regerá as operações entre o autorizado e o tomador do serviço. Observe-se:

##### *Art. 37 (...)*

Parágrafo único. A prestação dos serviços de movimentação de cargas de terceiros, pelo detentor da autorização da construção e exploração de instalação portuária de uso privativo misto, será disciplinada em contratos assinados entre o detentor dessa autorização e o tomador de seus serviços, cujo instrumento é regido, exclusivamente, pela norma do direito privado, sem a participação ou responsabilidade do poder público.

---

<sup>265</sup> BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. **Controle das concessões de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 77.

Como as atividades exercidas pelos terminais portuários privativos são serviços públicos, a autonomia da vontade do proprietário dará lugar às obrigações assumidas na autorização. No entanto, não se pode concordar com a parte do dispositivo na qual há ausência de responsabilidade do poder público. A irresponsabilidade do poder público ocorre naqueles casos em que houve ilícito contratual ou extracontratual por parte do autorizatário. No entanto, caso haja qualquer falha no controle da autorização, o Estado possui responsabilidade.<sup>266</sup> Do contrário, a inércia ou o erro da ANTAQ na fiscalização não teria consequências.

Apenas em relação aos terminais de uso privativo exclusivo, tendo em vista que não há o requisito da abertura das atividades a terceiros, não se pode qualificar a atividade como serviço público. O fornecedor e o usuário são as mesmas pessoas, sem qualquer variação. Não há a oferta de um serviço, mas apenas continuação de uma cadeia produtiva. Correto o entendimento que afirma que “*o terminal de uso privativo exclusivo promove o auto-atendimento às necessidades empresariais. A movimentação portuária não traduz uma atuação externa, mas se relaciona com a satisfação das necessidades internas a uma empresa determinada*”.<sup>267</sup> Trata-se, neste caso, de peculiaridade da regulação setorial portuária.

#### 2.6.1.1. A habilitação para autorização.

O pedido de autorização para a instalação de terminais privativos misto ou exclusivo é formulado à ANTAQ, a qual exige habilitação jurídica, fiscal e técnica, o que se dá em dois momentos: a autorização para construção e a autorização para exploração do terminal.

Segundo a Resolução n. 517/05, para ser considerado habilitado a construir terminal privativo, o interessado necessita apresentar: (a) documentos relativos à constituição e funcionamento da pessoa jurídica, bem como sua inscrição fiscal; (b) prova da regularidade fiscal nas três esferas de competência arrecadatória; (c) comprovação de propriedade do

<sup>266</sup> Entra a idéia do Estado Garantia, ou seja, aquele Estado que não mais presta diretamente os serviços públicos, mas é responsável por eles. A idéia é nova na comunidade luso-brasileira, mas não na Alemanha. Segundo CANOTILHO, “*O Estado deixa de afivelar a máscara e o músculo de ‘Estado-produtor’ para se dedicar ao papel de regulador. O Estado garante serviços e prestações mas não os produz. O Estado deixa de ter a responsabilidade pela prossecução activa de tarefas estaduais assumindo apenas a responsabilidade pelo cumprimento das mesmas através de outras estruturas, a maior parte das vezes privadas. Numa palavra, o conceito de Estado-garantidor descreve a oposição entre providing state e enabling state*”. Ampliar em CANOTILHO, J. J. Gomes. O Estado garantidor. Em: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O direito e o futuro – o futuro do direito**. Lisboa: Almedina, 200, p. 571-576, em especial, p.573. No mesmo sentido: GONÇALVES, Pedro. *Direito administrativo da regulação*. Em: **Regulação, eletricidade e telecomunicações**: estudos de direito administrativo da regulação. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p. 07/67.

<sup>267</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. “O regime jurídico...”, p. 102.

terreno em que o terminal será contruído; (d) manifestação do Município; (e) declaração de comprometimento de satisfação de todas as exigências para o alfandegamento do terminal.

A instalação de terminal portuário em um Município, mesmo que haja porto organizado, é importante para o desenvolvimento socioeconômico da região. Como toda atividade, há necessidade de alvará para o seu funcionamento.

A consulta à Receita Federal é imprescindível para que os terminais portuários sejam alfandegados. Só com essa característica é que poderá haver a movimentação de mercadorias destinadas ao comércio exterior (art. 35, parágrafo único, da Lei 8.630/93; artigo 6º, Decreto 6.620/08). Os terminais portuários atuam como coadjuvantes na Aduana, pois só com a chancela da Receita Federal podem liberar as mercadorias que se encontram em seus pátios e armazéns.

Para a habilitação técnica, é preciso: (a) apresentação da licença ambiental federal ou estadual; (b) parecer positivo da autoridade marítima sobre a segurança da instalação portuária para a navegação; (c) declaração da quantidade de movimentação de cargas próprias anuais, que justifique a instalação do terminal, bem como a quantidade de movimentação de cargas de terceiros; (d) memorial descritivo das instalações, que deverá conter o modo de acesso ao terminal, sua descrição, sua planta, os valores investidos, o tipo de embarcação que poderá atracar no cais, descrição dos equipamentos utilizados para carga e descarga.

Existe a necessidade de realização de estudos ambientais, com a conseqüente liberação da autoridade competente. Não é o escopo do presente trabalho analisar os procedimentos e o impacto ambiental que a instalação de um terminal portuário provoca em determinado ecossistema. No entanto, é público e notório que a instalação de um terminal portuário afeta a área em que está inserido, mesmo quando não há acidentes (como derramamento de óleo). Basta ver que, com a água do lastro<sup>268</sup> do navio são trazidas espécies exóticas para determinado ambiente marinho, as quais podem comprometer o equilíbrio da fauna e flora. Apenas um exemplo para demonstrar o impacto que as instalações portuárias geram no meio ambiente.

Por fim, para que haja a instalação desses terminais de uso privativo, a Lei prevê a utilização da autorização do órgão competente, no caso, a ANTAQ, com prévia consulta à Receita Federal e à Municipalidade, com a confecção dos estudos de impacto ambiental (art. 4º, caput, II e §1º, da Lei 8.630/93). No caso de exploração de terminal que movimente petróleo, gás natural, álcool etílico e seus derivados, é necessária a autorização para operação

---

<sup>268</sup> O lastro é um peso que confere estabilidade ao navio, quando ele está leve. Uma vez carregada a embarcação, o lastro é despejado nas águas em que o navio está atracado.

expedida pela Agência Nacional do Petróleo (art. 6º da Resolução 517/05). Na hipótese de o terminal de uso privativo situar-se dentro da área do porto organizado, a oitiva da autoridade portuária se faz necessária (art. 36, §2º, do Decreto n. 6.620/08; art. 9º da Resolução 517/05).

#### 2.6.1.2. A quantidade de mercadorias movimentadas nos terminais de uso privativo misto

A declaração da quantidade de mercadorias movimentadas revela-se importante nos terminais privativos mistos, na medida em que a Lei de Modernização dos Portos, apesar de não trazer qualquer proporção de quantidade de carga própria em detrimento de carga de terceiros (apenas diz “cargas próprias e de terceiros”), foi regulamentada pela Resolução n. 517/03, na qual o art. 12, inciso XV c/c art. 16, inciso XIV, exige que a carga mínima atual, declarada no momento do pedido de autorização, seja movimentada, sob pena de multa de até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Até outubro de 2008 não havia qualquer indicativo legal de que a movimentação das cargas de terceiros consubstanciariam atividade excepcional e subsidiária dos terminais privativos. Bastava a movimentação do mínimo de carga própria declarada do momento do pedido de autorização. Não se exigia que as cargas próprias configurassem a maioria das movimentações. A previsão de movimentação de mercadorias de terceiro vem dentro do contexto da desestatização e da liberação dos mercados. Discorda-se, portanto, de JUSTEN FILHO quando afirma que “*a admissão de movimentação de cargas de terceiros em terminais de uso privativo apresenta necessariamente um cunho de excepcionalidade. Trata-se de solução anômala*”.<sup>269</sup>

Não apenas JUSTEN FILHO defende que os terminais portuários privativos de uso misto devem movimentar cargas de terceiros excepcionalmente. Entre 2008 e 2009 vários pareceristas foram consultados pela ABRATEC – Associação Brasileira de Terminais Públicos de Contêineres a fim de dar subsídios doutrinários para a ADPF n. 139, a qual foi ajuizada por esta associação com o intuito de acabar com a movimentação preponderante de

---

<sup>269</sup> Prossegue Marçal JUSTEN FILHO: “*Como visto, o terminal de uso privativo exclusivo é destinado à movimentação de cargas própria. Não seria incorreto afirmar que o terminal de uso público é vocacionado à movimentação de cargas não próprias.*

*Logo, a movimentação de carga alheia num terminal de uso privativo propicia uma certa desnaturação da figura. Produz-se atuação aberta a terceiros, sem aquele vínculo de obrigação empresarial vertical a que se aludira acima. Ora, a admissão ampla e irrestrita da movimentação de cargas não próprias em terminais de uso privativo seria incompatível com a existência de terminais de uso público. Se a vontade legislativa fosse implantar essa solução, outro teria sido o sistema consagrado, tal como adiante se examinará*”. JUSTEN FILHO, Marçal. “O regime jurídico...”, p. 105.

cargas de terceiros pelos terminais privativos de uso misto. Opinaram, em maior ou menor grau, neste sentido, Adilson DALLARI, Alexandre ARAGÃO, Arnold WALD, Carlos Ari SUNDFELD, Celso Antonio Bandeira de MELLO, Clèmerson Merlin CLÈVE, Floriano de Azevedo MARQUES NETO, Gesner OLIVEIRA, Juarez FREITAS, Marçal JUSTEN FILHO, Ruy SANTACRUZ, Sergio BERMUDEZ e Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR.<sup>270</sup>

Como a declaração de movimentação de carga é realizada quando ocorre o pedido de autorização, caso a autoridade reguladora entendesse não ser necessária mais uma instalação portuária, poderia negar a autorização, de modo que as mercadorias do interessado poderiam ser movimentadas por terminais públicos ou por outros terminais privados. A carga própria a ser transportada, no regime anterior, não poderia ser figurativa, irrisória, mas também não precisaria ocupar a quase totalidade das operações, sob pena de configurar concorrência desleal dos os concessionários de terminais públicos.

Isso porque os terminais públicos estão sujeitos a obrigações contratuais e a encargos mais limitadores de sua autonomia da vontade que os operadores de terminais privativos. Situam-se dentro da área do porto organizado, por isso devem recolher a tarifa portuária à Administração dos Portos (art. 33. §1º, IV, da Lei n. 8.630/93), ao passo que os terminais privativos não se inserem, necessariamente, na área do porto organizado. Para os terminais privativos, a contratação de mão-de-obra e as outras negociações seguem a lei civil. Além disso, os terminais públicos não podem escolher a mercadoria a ser movimentada, ao passo que os terminais privados podem.<sup>271</sup> A questão da concorrência será analisada no capítulo 3.

Chegou-se a afirmar que a Administração possuía certo grau de discricionariedade na definição de qual o quantitativo que justificasse a instalação de um novo terminal, elemento a ser avaliado no momento da autorização.<sup>272</sup> Não havia, até 2008, qualquer indicativo da proporção entre cargas próprias e de terceiros. Era essa o entendimento da

<sup>270</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS TERMINAIS DE CONTEINERES DE USO PÚBLICO. **Regulação portuária e concorrência:** pareceres jurídicos e econômicos. Relativos à ADPF n. 139. Rio de Janeiro: ABRATEC, 2009.

<sup>271</sup> Ampliar em SOUZA JUNIOR, Suriman Nogueira de Souza. **Regulação portuária:** a regulação jurídica dos serviços públicos de infra-estrutura portuária no Brasil, p. 186-187. Uma síntese dos debates entre aqueles que sustentam que a movimentação de cargas de terceiro quando há a previsão de terminais públicos configura afronta à concorrência e ao sistema trazido pela Lei 8.630/93 pode ser encontrado em MANSO, Úrsula Alonso. *Muito debate. Nenhuma solução*, p. 34. O debate parecer ser, sobretudo, em relação aos terminais de contêineres, os quais movimentam primordialmente cargas de terceiros. A respeito, no STF existe uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ajuizado pela Associação Brasileira de Terminais Portuários de Uso Público, atuada sob n. 139. Na petição inicial desta ADPF é possível verificar as principais teses daqueles que denunciam o desvirtuamento do sistema. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Acompanhamento processual.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2607867> Acesso 12 set. 2009.

<sup>272</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CAMARA, Jacintho Arruda. “Terminais portuários de uso misto”. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, n. 23. ano 6, jul./set. 2008, p. 66-67.

própria ANTAQ, a qual em parecer de seu procurador geral, afirmou que há possibilidade de *“um terminal privativo de uso misto movimentar cargas próprias e cargas de terceiro, sem qualquer relação entre elas, cabendo ao titular decidir livremente sobre o tipo de carga que pretende operar em seu terminal”*.<sup>273</sup>

Apesar do entendimento da ANTAQ, concorda-se com SUNDFELD e CÂMARA, os quais sustentam que a ANTAQ deve realizar o controle na movimentação no momento da autorização. Eles assim concluem:

A movimentação de carga própria, ainda que não tenha sido quantificada pela Lei, não pode ser irrelevante. O sistema criado pela Lei n. 8.630, por sua vagueza, confere certa margem de apreciação às autoridades portuárias para que estas definam o mínimo necessário de carga própria a ser movimentada. Porém, ao exercer esta prerrogativa, a Administração não pode vir a esvaziar o conceito legal, prevendo a movimentação de quantidades irrelevantes.<sup>274</sup>

Além disso, os autores propõem que caso a quantidade de movimentação de cargas próprias não fosse suficiente, caberia ao autorizado justificar a ausência de movimentação de cargas próprias. Isso porque o artigo 16, XIV, da Resolução n. 517/05 prevê a imposição de sanção em caso de descumprimento injustificado da movimentação de carga própria autorizada. No entanto, alertam que somente fatos imputáveis à natureza ou a terceiros podem servir como justificativa. Por exemplo, nos casos de quebra de safra da soja em determinada região, o explorador do terminal graneleiro poderia movimentar grãos de produtores de outras regiões, mesmo que isso significasse ultrapassar os limites de movimentação de cargas de terceiros autorizados pela ANTAQ. Um terminal de exportação de carros, outro exemplo, em época de crise econômica, poderia exportar maquinários ou outros bens compatíveis com a sua estrutura.

Contudo, não serviria de justificativa para a não observância dos patamares autorizados pela ANTAQ a ampliação do terminal portuário ou, simplesmente, a vontade do empreendedor. Enfim, *“só seria justificável o descumprimento da meta por motivos alheios à atuação da autorizatário (alteração cambial que inibisse consideravelmente as exportações, por exemplo) e não ato que dependesse de sua própria vontade (como seria o caso da ampliação de infra-estrutura)”*.<sup>275</sup>

<sup>273</sup> ANTAQ. **Parecer PGR-ANTAQ/ n. 277/07- AGU**.

<sup>274</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CAMARA, Jacintho Arruda. “Terminais portuários de uso misto”, p. 73.

<sup>275</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CAMARA, Jacintho Arruda. “Terminais portuários de uso misto”, p. 74.

Todavia, essa não foi a solução adotada pela nova regulação do setor. Em 29 de outubro de 2008 foi publicado o Decreto 6.620, o qual traçou novas diretrizes para a regulação portuária. Uma das inovações foi a de trazer, no art. 35, II, a obrigatoriedade de que a movimentação de cargas em terminais de uso misto ocorra primordialmente com cargas próprias. As cargas de terceiros devem ser movimentadas em caráter subsidiário e eventual.

Apesar de não se aplicar às autorizações antigas, o novo regulamento criou um sistema no qual o empresário possui quatro alternativas para a movimentação de suas cargas: (a) mediante concessão de terminal público, para operar sua carga própria e de terceiros, em qualquer proporção; (b) mediante autorização de terminal privativo exclusivo, no qual só poderá movimentar cargas próprias, mesmo com a ociosidade das instalações; (c) autorização para a instalação de terminal privativo misto, no qual deverá movimentar primordialmente cargas próprias e subsidiariamente cargas de terceiro; (d) movimentação por meio de terminal público ou privativo misto (a depender da quantidade de movimentação de cargas do autorizado).

A exigência de movimentação de carga de terceiros em caráter subsidiário e eventual contribui para que haja a ociosidade das instalações, o que é contrário ao melhor aproveitamento da infraestrutura, tendo em vista a escassez de espaços para a construção de terminais e o custo elevado para sua implantação. A nova regulamentação limita a atuação do empreendedor que pretende investir em terminais privativos e privilegia os terminais públicos. Evita-se, portanto, a desejada concorrência entre terminais privativos e públicos. A concorrência, portanto, deve existir inter e intraportos, independente do regime a que estão sujeitos os terminais:

Por derradeiro, uma nota faz-se necessária acerca da competição entre terminais sujeitos a regimes jurídicos distintos. Evidentemente, é lícita e desejável a concorrência entre terminais privados e terminais públicos. Essa, inclusive, é uma das razões de ser dos terminais privados de uso misto. Ao permitir a sua abertura a terceiros, a Lei n. 8.630/93, evidentemente, não quis fazê-lo de forma esporádica e momentânea, mas sim quis fazê-lo de forma a construir um ambiente competitivo no setor portuário, na medida do possível.<sup>276</sup>

O sistema anterior, no qual a ANTAQ avaliava se havia justificativa para a instalação de terminal privativo misto, com o comprometimento de o autorizado movimentar quantidade mínima de carga, era consentâneo com os anseios da Lei de Modernização dos Portos e com a necessária concorrência inter e intraporto. Adequava-se a um setor no qual os investimentos

---

<sup>276</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein. “A experiência e as perspectivas da regulação do setor portuário no Brasil”. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jul./set. 2008, p. 189.

são de longa maturação, os recursos são escassos e o aproveitamento dos potencial de instalação de infraestrutura deve ser o melhor possível.

#### 2.6.1.3. Características específicas da autorização para operação de terminais portuários privativos

A autorização para operação de terminais portuários privativos assume as balizas dadas pela nova autorização. Não é, portanto, simples declaração de direitos para explorar determinada atividade. É uma forma de outorga de serviço público.

Após a habilitação técnica, jurídica e fiscal, ocorrerá a autorização em dois momentos distintos: para a construção e para a operação (art. 37, §1º, Decreto n. 6.620/08).

A autorização será formalizada por meio de contrato de adesão (Decreto n. 6.620/08), apesar de a Lei n. 8.630/93 prever o ato unilateral como forma de outorga (art. 6º). Apesar da hierarquia entre a lei e o decreto, entende-se que o decreto previu a forma correta de outorga. A autorização para terminais privativos não é simples ato unilateral. Quando muito, é ato bilateral, ato negocial ou contrato de adesão. Aqui reside nota diferenciadora da autorização tradicional, a qual é ato administrativo.

A autorização conterà, além da descrição do objeto, condições para se adequar ao interesse público, ao meio ambiente e à segurança da população, conforme exige o artigo 44, II, da Lei n. 10.233/01. Percebe-se, portanto, a existência de obrigações do autorizado, o que distingue a autorização do regime tradicional.

Com a outorga do serviço mediante a autorização, o explorador do terminal privativo terá algumas obrigações, previstas no artigo 12 da Resolução n. 517/05. Dentre elas existem obrigações atinentes: (a) ao vínculo com a ANTAQ, como a colocação de placa indicativa da autorização, o envio dos relatórios de atividade e de controle societário e a colaboração com a fiscalização; (b) à responsabilidade ambiental, consistente em adotar medidas necessárias para evitar danos ambientais ou minimizar os prejuízos se o dano já ocorreu; (c) ao vínculo com a autoridade aduaneira, organizando o alfandegamento, o fluxo de mercadorias, unidades de carga e de veículos; (d) ao vínculo com a autoridade marítima, consistente no balizamento do canal de acesso ao terminal, na demarcação da área de fundeamento dos navios, na divulgação do calado máximo permitido; (e) à autoridade portuária, quando situada dentro do porto organizado, deve pagar as tarifas e respeitar o regulamento de exploração do porto; (f) à movimentação de cargas, devendo movimentar o mínimo de cargas próprias, quantidade declarada no momento do pedido de autorização.



Segundo o art. 43, I, da Lei n. 10.233/01, a autorização para a construção e a operação de terminais portuários de uso privativo independe de licitação. Para que não haja violação à isonomia, o disposto em Lei só será aplicável, segundo dos novos contornos da autorização, se houver apenas um interessado na construção e exploração do terminal. Caso haja mais de um interessado, a licitação é medida de rigor, a fim de resguardar a isonomia exigida pelo direito administrativo.<sup>277</sup>

As obrigações assumidas pelo autorizado, contudo, não são eternas. Como todo e qualquer ato, contrato ou norma de direito econômico, a mutabilidade das condições é característica que lhe é ínsita.<sup>278</sup> Assim, a ANTAQ possui o poder-dever de modificar tais exigências e obrigações sempre que o serviço público exigir, desde que haja tempo para a adaptação do autorizado (art. 47 da Lei 10.233/01).

Como faz parte de novo regime jurídico, que concilia o interesse público com o interesse privado, a nova autorização portuária tem como característica a liberdade de empresa, de fixação de tarifas, do modo como irá realizar seus negócios (art. 43, II, da Lei n. 10.233/01). Apenas em relação à concorrência, como ocorre em todos os setores da economia, se houver alguma prática prejudicial às estruturas do mercado ou abuso do poder econômico, haverá a adoção das medidas cabíveis, dentre as quais se insere a comunicação ao Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) (art. 45).

A autorização não possui prazo determinado (art. 43, III, da Lei n. 10.233/01). Poder-se-ia, com isso, contestar a ausência de precariedade das autorizações. Todavia, a ausência de termo final não significa, necessariamente, precariedade. Por certo, a autorização poderá ser anulada ou cassada pela ANTAQ. No entanto, isso não se pode dar ao seu bel-prazer. Como a autorização foi concedida mediante o preenchimento de certos requisitos, somente com o desaparecimento desses requisitos ou com o surgimento de outros (desde que indispensáveis) é que a autorização poderá ter sua validade extinta, sem qualquer tipo de indenização ao autorizado. É por isso que antes de qualquer decisão, a ANTAQ deverá abrir, seguindo o disposto na Lei de Processo Administrativo, o contraditório e a ampla defesa. Caso comprovado que permanecem as razões técnicas, fiscais e jurídicas que motivaram a

<sup>277</sup> SILVA, Almiro do Couto e. “Privatização no Brasil...” , p. 63.

<sup>278</sup> “As normas de direito econômico encontram-se em constante mutação. Mesmo aquelas que constituem as bases de institutos ou de regime de regulamentação geral (regime de preços, leis de fomento industrial, leis de concorrência, etc.) são frequentemente alteradas, não falando já da multidão de normas de actuação imediata e pontual, que, por natureza, são pouco estáveis. Trata-se, obviamente, de fenómeno ligado intimamente às necessárias adaptações à mudança das condições económicas e das políticas económicas que lhes correspondem, sobretudo no domínio da política conjuntural”. VAZ, Manuel de Afonso. “As características das normas de direito econômico”. **Direito econômico**: a ordem económica portuguesa. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 85.

autorização, bem como há interesse público em manter-se a instalação, não há motivos para cassá-la ou revogá-la. Na hipótese de insistência no ato anulatório ou cassatório, a indenização pelos custos de instalação é medida de rigor.

Em razão disso, a autorização deverá conter as hipóteses de anulação ou cassação (art. 43, III, da Lei 10.233/01). A anulação da autorização segue, por analogia, o mesmo regramento para a anulação prevista pela Lei 8.666/93, ou seja, destina-se a impor sanção aos vícios no momento do pedido de autorização. A cassação ocorre quando desaparecem algumas das causas que deram origem à autorização, bem como quando ocorre a transferência de titularidade (art. 47 da Lei n. 10.233/01).

A previsão da cassação quando ausentes as condições iniciais para a autorização, aliada à ausência de revogação, são fortes indícios que a legislação adotou a autorização como ato vinculado. Presentes os requisitos, a autorização é medida de rigor. Desaparecendo os requisitos, mediante o devido processo legal, a autorização deve ser cassada. Abandona-se, portanto, a idéia de que a autorização é ato discricionário.

A autorização para operação e exploração de terminais portuários é ato vinculado mesmo diante da constatação de que a ANTAQ possuía competência discricionária, no regime anterior, para avaliar se uma declaração de movimentação de cargas próprias atendia aos anseios legais ou era uma justificativa vazia para o pedido de autorização. A avaliação da ANTAQ deve ser fundamentada. Uma vez declaradas as razões, elas passam a preencher as condições objetivas para a autorização, vinculando todos os interessados àqueles percentuais de movimentação de cargas.

Outra característica das autorizações é que elas são pessoais. Em caso de mudança de titularidade, haverá a sua cassação (art. 48 da Lei n. 10.233/01). A cassação por mudança de titularidade não ocorre com as concessões e as permissões outorgadas pela ANTAQ, por expressa previsão legal (art. 30 da Lei n. 10.233/01). É importante notar que todas as formas de sucessão empresarial são classificadas pela Lei como mudança de titularidade (art. 30, §1º). Desse modo, por meio de uma interpretação literal, se verificada que uma empresa autorizada sofreu fusão, cisão, incorporação e formação de consórcios, sua autorização será cassada.

É de se questionar se não houve um equívoco ao se classificar as autorizações como pessoais. Isso porque o timbre de *intuitu personae* só pode ser utilizado naqueles negócios em que determinada característica do contrato faça com que ele se torne excepcional e insubstituível. Se a outorga de uma autorização é ato vinculado, isso quer dizer que os fundamentos que ligam o outorgado com o outorgante são objetivos, de modo que se mostra

incorreto falar em autorização *intuitu personae*. Em outras palavras, “o Estado não se vincula às características subjetivas do licitante vencedor. Está interessado na execução da proposta mais vantajosa, a ser desenvolvida por um sujeito idôneo”.<sup>279</sup>

Apesar de conduzir seu raciocínio para as concessionárias, a colocação de Claudia Tosin KUBRUSLY sobre as modificações nos arranjos empresariais aplicam-se às autorizatárias, sobretudo quando encaradas sob a perspectiva da longa duração do contrato. Segundo a autora:

(...) as modificações subjetivas devem ser enfrentadas tendo em vista a dinâmica da atuação empresarial das concessionárias e, ao mesmo tempo, a satisfação do interesse público. A vigência geralmente longa do contrato de concessão permite que as intempéries do mercado atinjam o concessionário, exigindo dele medidas para tornar viável o empreendimento como, por exemplo, o que muitas vezes resulta na pulverização de ações.<sup>280</sup>

É claro que não se está a desconsiderar que deve ser feito um controle nas alterações societárias, sobretudo a fim de coibir o abuso do poder econômico e as concentrações de mercado. No entanto, é preciso analisar essa suposta característica das autorizações com maior crítica.

Além da cassação e da anulação, a renúncia é uma maneira de se colocar termo final à autorização. A renúncia ocorre quando o autorizado renuncia ao seu direito a explorar determinada atividade econômica. Trata-se, portanto, de mais uma faceta que diferencia a concessão da autorização. Na concessão, o autorizado não pode, simplesmente, renunciar o contrato. O artigo 65 da Lei n. 8.666/93 prevê que apenas por acordo entre as partes ou por decisão unilateral do concedente, qualquer cláusula do contrato poderá ser modificada, inclusive em relação ao seu termo final. Já o artigo 79 da Lei de Licitações prevê que a rescisão do contrato, quando requerida pelo particular, deve ser realizada judicialmente. Nas autorizações para terminais portuários, basta que o autorizado comunique sua decisão à ANTAQ, sem maiores exigências.

---

<sup>279</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**, p. 529.

<sup>280</sup> KUBRUSLY, Claudia Tosin. “Modificações subjetivas nos contratos de concessão (comentários a acórdão do STJ). **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, abr./jun. 2004, p. 230/231.

### 2.6.2. As instalações portuárias públicas de pequeno porte

A Lei n. 8.630/93 prevê, por alteração efetuada pela Lei n.11.518/07, a possibilidade de existirem instalações portuárias públicas de pequeno porte, as quais destinam-se à movimentação de passageiros e mercadorias provenientes da navegação interior.<sup>281</sup>

Trata-se de tutela legal àqueles portos destinados a receber fluxo de pessoas e mercadorias, oriundas das hidrovias existentes. Assim como ocorreu com as instalações rudimentares, trata-se do reconhecimento de que existem infraestruturas, que atendem a grande parcela da população, mas não são consideradas portos.

Essas instalações dependem de autorização, a qual segue os mesmos moldes e características das autorizações para instalação de terminais privativos (art. 4º, II, da Lei 8.630/93). A autorização é outorgada aos Estados e aos Municípios (art. 4º, §7º, da Lei 8.630/93), os quais poderão transferir sua exploração para a iniciativa privada, mediante licitação. Percebe-se, portanto, uma peculiaridade nesses instrumentos: a primeira outorga não se faz mediante licitação. É o Estado ou o Município onde se situa a instalação portuária que terá o direito de requerê-la. Não há parâmetros, no entanto, para definir quando a autorização será outorgada ao Estado ou quando será outorgada pelo Município.

Assim, apesar de não ser o titular do bem, pois seguindo a Constituição todos os portos são bens federais, os Estados e os Municípios podem autorizar instalações de pequeno porte. Não há, na legislação, o instrumento pelo qual é outorgado aos Estados e Municípios o poder de autorizar. A primeira possibilidade é entender que essa delegação decorre da própria lei, sem necessidade de qualquer ato subsequente. A alternativa a esse entendimento é conceber que a relação entre a União e os entes federativos é de convênio.

Segundo DI PIETRO, o convênio “*é um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se quer com outras entidades públicas quer com entidades privadas*”.<sup>282</sup>

As instalações portuárias públicas de pequeno porte são fiscalizadas pela ANTAQ (art. 23 da Lei n. 10.233/01), a qual também gerencia as autorizações concedidas (art. 27, XXVII, da Lei n. 10.233/01).

A ANTAQ, por meio da Resolução n. 1.284/09, regulou a questão. Além de aspectos operacionais, dentre os quais não está a quantidade de movimentação de carga, diferente do que acontecia com as instalações rudimentares, há a previsão de que quando o Estado ou

<sup>281</sup> Como será visto, a Lei n. 11.518/07 apresentou dois novos institutos ao setor portuário: as instalações portuárias públicas de pequeno porte e as estações de transbordo de cargas. Há poucas informações sobre essas infraestruturas no sítio da própria ANTAQ, razão pela qual a discussão fica empobrecida.

<sup>282</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**, p. 229.

Município resolverem transferir a exploração para a iniciativa privada, deverão fazer a licitação, cujo edital preverá que o serviço deverá ser praticado com regularidade, continuidade, segurança, atualidade, cortesia e modicidade das tarifas (art. 14, II, da Resolução n. 1.284/09), o que nada mais é que uma obrigação de serviço público.

### 2.6.3. As Estações de Transbordo de Cargas

Ao lado das concessões, das autorizações, dos arrendamentos, dos terminais portuários privativos e das instalações portuárias de pequeno porte, outra figura ganha destaque no setor portuário: as estações de transbordo de carga (ETC).

Trata-se de área situada fora do porto organizado, destinado ao transbordo de carga, ou seja, a sua movimentação, vinda da navegação interior, por meio das hidrovias. A operação de transbordo destina-se à integração dos diferentes modais, pois a partir das ETCs podem partir rodovias e ferrovias, a quais formam a malha logística do país.

A outorga da ETC é efetuada por meio de autorização (art. 4º da Lei n. 8.630/93), outorgada a particular. A Resolução n. 1.281/09 regula a questão. Nota-se não haver necessidade de movimentação de cargas próprias.

## 2.7 As sanções no regime portuário brasileiro

Primeiramente, e desde logo, é preciso reconhecer que não obstante o ordenamento jurídico ser uno, há princípios constitucionais que têm determinada aplicabilidade em alguns ramos e em outros não. Tal é o caso do princípio da legalidade, que no âmbito criminal revela, em uma de suas feições, o princípio da tipicidade penal, inserto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal. Na esfera do Direito Penal justifica-se esta disciplina pela própria função de garantia dos direitos fundamentais, já que em sua aplicação estão em jogo valores muito caros à sociedade, como, por exemplo, a liberdade.

Este discurso, contudo, não vale para a seara do Direito Administrativo Sancionador e no Direito Econômico, na qual reside a matéria em análise. Não que a legalidade tenha pouca importância neste campo. Ao contrário, por opção do constituinte foi reforçada como princípio regente da atividade administrativa (art. 37, *caput*, da CF). Mas seria impossível ao legislador instrumentalizar a função administrativa, tentando prever em lei todas as situações imagináveis para seu bom desempenho, sem a tolher. Em determinadas searas do Direito Administrativo Sancionador, as normas possuem maior flexibilidade em virtude da

especialidade do vínculo que liga o agente à Administração, aqui incluída a relação ANTAQ, concessionários, autorizatários de serviço portuário, bem como a relação dos arrendatários.

Todos os administrados possuem com a administração pública uma posição jurídica geral. No entanto, alguns, seja pelo estatuto, seja pelo serviço prestado, seja por uma relação contratual, são dotados de uma posição jurídica especial. Essa posição jurídica especial demanda regramento próprio, distinto das demais normas aplicadas à coletividade, porque se destina a atender a determinada finalidade, seja a da boa prestação de um serviço público até a fiscalização de atividade privada, sujeita ao controle público, como ocorre com os conselhos profissionais. Relações especiais demandam, portanto, regulamentos especiais.<sup>283</sup>

É colhido da doutrina alemã que:

(...)a relação especial de direito administrativo não anula - como qualquer status especial - o status geral. No entanto, a relação especial de direito administrativo pode levar à alteração dos direitos do status geral, em parte de forma extensiva e em parte de forma restritiva. Isto acontece porque a relação especial de direito administrativo limita de forma especial o exercício dos direitos fundamentais e aumenta os deveres, na medida em que o exija o sentido do status especial e a Constituição o permita.<sup>284</sup>

A doutrina brasileira vem, aos poucos, estudando as relações especiais de vinculação com a Administração Pública. Rafael MUNHOZ DE MELLO afirma que *"tratando-se de relação de especial sujeição, pode a Administração Pública dispor com maior liberdade acerca dos direitos e obrigações dos particulares envolvidos, através de normas regulamentares internas, que se aplicam e são exigíveis tão-somente no campo da relação de especial sujeição existente"*.<sup>285</sup>

Para que haja espaço para o poder disciplinar advindo dessas relações especiais é imprescindível a existência de lei que autorize tanto a formulação de tipos, ainda que abertos, quando defina parâmetros para a aplicação da sanção. Basta, portanto, que haja lei autorizando a Administração a criar tipos e a imposição de sanção. Flexibiliza-se o princípio da legalidade, dispensando a necessidade de lei formal para a criação de tipos e imposição de sanções. Esse papel, desde que autorizado em lei, pode ser exercido por ato infralegal. A posição jurídica especial de certos agentes com a Administração leva, portanto, a uma flexibilização do princípio da legalidade.

<sup>283</sup> MAURER, Hartmut. **Direito administrativo alemão**. Trad. Luís Afonso Heck. Barueri, São Paulo: Manole, 2006 p. 192.

<sup>284</sup> WOLFF, H; BACHOF, O; STOBBER, R. **Direito administrativo**. v. 1. Trad. António F. de Sousa. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2006,, p. 493. No mesmo sentido: NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 4 ed. Madrid: Tecnos, 2008, p. 226/233.

<sup>285</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais do direito administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 163.

Mas flexibilizar o princípio da legalidade nestas hipóteses restritas não significa dar um cheque em branco para o Administrador. Ele deve seguir a finalidade legal (fiscalizar, prestar serviço público, usar serviço público, etc.), bem como observar se há autorização legal para sancionar determinada conduta.

A respeito, Rafael MUNHOZ DE MELLO ensina:

No campo das relações de especial sujeição é possível que a Administração crie a infração administrativa, descrevendo a situação de fato que, uma vez verificada, deve dar ensejo à imposição da sanção administrativa. Exige-se, porém, que a lei formal expressamente atribua tal competência regulamentar ao ente administrativo, pois do contrário ter-se-ia um regulamento independente da lei. Vale dizer, a lei deve dispor expressamente que a Administração Pública pode criar infrações administrativas no âmbito da específica relação de sujeição especial em tela. Deve, ainda, a lei formal estabelecer as sanções administrativas que serão aplicadas às infrações criadas pela Administração: mesmo no campo das relações de especial sujeição não é admissível que a sanção administrativa seja criada por outro instrumento que não a lei formal.<sup>286</sup>

É dentro dessa perspectiva que são analisadas as sanções no sistema portuário brasileiro.<sup>287</sup>

O instrumento outorga de autorização deve conter as sanções previstas no caso de descumprimento das obrigações lá assumidas. Muitas dessas sanções estão previstas na Resolução n. 517/05. No artigo 16 da Resolução é possível verificar as infrações administrativas com as respectivas sanções. Em largos termos, considera-se infração as faltas relativas às obrigações assumidas no momento da outorga da autorização. O valor da multa vai desde do zero a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), dependendo da obrigação infringida. No caso, por exemplo, de o autorizado deixar de afixar a placa alusiva ao terminal portuário, a multa será de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Já na hipótese de construir um terminal sem a autorização, a multa terá seu valor máximo.

Mas a sanção pecuniária não é a única prevista pela Lei. Apesar de não constarem obrigatoriamente no instrumento de outorga, além da cassação e da multa, outras sanções como a advertência, a suspensão e a declaração de inidoneidade são possíveis de aplicação.

A Lei n. 10.233/01 prevê, em alteração realizada pela Medida Provisória n. 2.217-3/01, o processo para a aplicação das sanções. A primeira ressalva é a divisão de competências entre a autoridade portuária e a autoridade reguladora. Isso porque, segundo o

<sup>286</sup> MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais do direito administrativo sancionador**, p. 166. No mesmo sentido: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, p. 817.

<sup>287</sup> Anota Clarissa Sampaio Silva que é paradoxal que a livre iniciativa se insira situação de sujeição especial, sendo “a própria negação dos princípios fundamentis da ordem econômica, fundada que é na livre iniciativa”. SILVA, Clarissa Sampaio. **Direito fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 154.

artigo 33, §1º, inciso XIII, da Lei n. 8.630/91, compete à autoridade portuária “*lavrar autos de infração e instaurar processos administrativos, aplicando as penalidades previstas em lei, ressalvados os aspectos legais de competência da União, de forma supletiva, para os fatos que serão investigados e julgados conjuntamente*”. A redação do artigo é truncada. No entanto, é possível extrair que a competência da autoridade portuária é supletiva naqueles casos em que cabe tanto à ANTAQ quanto à autoridade sancionar determinada infração. Dessa forma, a autoridade portuária somente poderá agir se a ANTAQ ficar inerte, sob pena de *bis in idem*. Não há, portanto, conflito de atribuições.

O processo administrativo para a investigação e aplicação de sanções deve ser fundamentado e sigiloso (art. 78-B da Lei n. 10.233/01). Questiona-se a existência do sigilo geral até a decisão final, pois o sigilo só deve ser aplicado nas situações que assim demandarem. Não há, portanto, justificativa prévia para a imposição de sigilo geral. A Lei n. 9.784/99, Lei do Processo Administrativo Federal, prevê o sigilo como exceção tanto é que no art. 2º, parágrafo único, V, o sigilo só ocorrerá nas hipóteses previstas na Constituição. Já no artigo 46, a Lei prevê que todos os interessados terão direito a acessar os processos administrativos, bem como tirar fotocópias dos autos e dos documentos que lhe interessam, com exceção dos casos em que há sigilo amparado pela Constituição.

Percebe-se, portanto, que a decretação de sigilo amplo e geral a todos os processos administrativos de imposição de sanção pela ANTAQ e pela autoridade portuária não é compatível com a transparência exigida pelos e para os administrados.

Na dosimetria da pena aplicada, o administrador público leva em conta a natureza e a gravidade da infração, os danos resultantes para o serviço e para os usuários, se o infrator teve alguma vantagem, as circunstâncias agravantes e atenuantes, os antecedentes e a reincidência, a qual pode ser genérica ou específica (art. 78-D da Lei n. 10.233/01). A Lei prevê, ademais, a responsabilidade dos administradores e gestores de pessoa jurídica se comprovado que agiram com dolo ou culpa.

Cabe a suspensão quando a autoridade reguladora entender que a falta é grave, mas não o bastante para justificar a cassação da autorização. Essa suspensão para as atividades possui o prazo máximo de cento e oitenta dias (art. 78-G da Lei n. 10.233/01).

A declaração de inidoneidade, segundo o art. 78-I da Lei n. 10.233/01, “*será aplicada a quem tenha praticado atos ilícitos visando frustrar os objetivos da licitação ou da execução do contrato*”. Como mencionado acima, as hipóteses em que a autorização para operação de terminais portuários demanda licitação são aquelas em que há dois ou mais interessados na implantação do mesmo terminal. Já a frustração na execução do contrato é



fórmula vaga, desprovida de qualquer norte que indique quais são as condutas apenadas com forte sanção. Segundo JUSTEN FILHO, “a aplicação dessas sanções depende de discriminação precisa, por meio de lei ou ato convocatório, dos pressupostos de sua aplicação. Não se admite escolha discricionária por parte da Administração Pública quanto a tais pressupostos”.<sup>288</sup> Desse modo, apenas quando houver previsão da aplicação da declaração de inidoneidade na própria autorização, com as hipóteses bem delineadas, é que poderá haver tal sanção.

## 2.8 Agentes envolvidos no regime portuário brasileiro

Além do arrendamento e da autorização, outra peculiaridade da regulação portuária brasileira é a existência de esferas de regulação que ultrapassam os reguladores tradicionais, quais sejam, as agências reguladoras e de concorrência. Muitas vezes, os estudos sobre regulação portuária esquecem-se do papel do Conselho da Autoridade Portuária e da Administração Portuária, sem prestar atenção no fato de que as diretivas que tais órgãos apresentam extrapolam, diante da importância para o dia-a-dia portuário, a força dos atos da ANTAQ.

A Administração Portuária é exercida de forma bipartida pelo Conselho da Autoridade Portuária e pela Administração Portuária propriamente dita. É isso que se extrai da Lei n. 8.630/93, a qual fixa as suas competências.

O modelo brasileiro é diferente dos outros modelos experimentados em outros regimes jurídicos. Para a maioria dos países, quem administra o porto é a autoridade portuária. Essas atribuições de gerenciamento podem ter uma acepção mais estreita ou mais ampla.

Para o direito francês, a acepção ampla de autoridade portuária é “a instituição, dotada ou não de personalidade jurídica, encarregada de exercer as competências públicas, de poder de política, de exploração e outras dentro de um espaço geográfico e juridicamente definidos”.<sup>289</sup> No entanto, mesmo no direito francês, essa expressão assume uma feição mais restrita, como a competência de coordenar o espaço portuário.<sup>290</sup> Não se pode esquecer, ademais, que a expressão autoridade portuária em inglês clássico significa a concessionária de portos. Já na contemporaneidade norte-americana, a autoridade portuária assume as feições de

<sup>288</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**, p. 382.

<sup>289</sup> GROSDIDIER DE MATONS, Jean. **Droit, économie e finances portuaires**, p. 5.

<sup>290</sup> GROSDIDIER DE MATONS, Jean. **Droit, économie e finances portuaires**, p. 5

uma agente de controle da concorrência, velando para que uma empresa não atue contra os interesse do porto como um todo.<sup>291</sup>

No Brasil, presenciou-se essa mudança de competências. Antes da Lei n. 8.630/93, a Administração Portuária deveria apenas gerir o espaço dos portos e era, por vezes, a própria concessionária de serviço público. Com a Lei de Modernização dos Portos, a administração portuária passou a contar não apenas com as competências de organização do espaço, mas passou a controlar o fundeio de navios, a fixar e a arrecadar as tarifas portuárias, a aplicar a lei e a lavrar autos de infração de forma supletiva (art. 33).

No entanto, verifica-se que várias competências da Administração Portuária dependem da ação do Conselho da Autoridade Portuária (CAP). Por exemplo, é o CAP quem é responsável por baixar o regulamento de exploração do Porto, cuja fiscalização fica a cargo da Administração Portuária (art. 30, §1º, I combinado com art. Art. 33, §1º, I, ambos da Lei n. 8.630/93). Enquanto a Administração Portuária deve fixar os valores das tarifas, o CAP deve homologá-las (art. 30, §1º, VIII), atitude coordenada que se repete com o horário de funcionamento dos portos.

Percebe-se que, no Brasil, o conceito de autoridade portuária pode ser o mais amplo, que abrange também a promoção da concorrência. No entanto, sempre que mencionada a autoridade portuária nos portos brasileiros deve-se ter em mente que se trata de atuação bipartida, não exercida apenas por uma instituição, mas por duas, sendo que uma delas, como será visto a seguir, possui a forma colegiada.<sup>292</sup>

### 2.8.1 O Conselho da Autoridade Portuária

O Conselho da Autoridade Portuária (CAP) é *“um órgão colegiado deliberativo, constituído em cada região onde se encontre localizado um porto organizado ou no âmbito de cada concessão, com competência normativa, cabendo-lhe, dentro de seus limites, apreciar e julgar recursos contra decisões da Administração do Porto”*.<sup>293</sup>

Dentre suas competências estão: (i) as organizacionais, como baixar o regulamento de exploração do porto, homologar o seu horário de funcionamento, aprovar o plano de desenvolvimento e zoneamento do porto, assegurar o cumprimento de normas ambientais; (ii) as orçamentárias, como opinar sobre o orçamento; (iii) as de promoção da eficiência e da

<sup>291</sup> GROSDIDIER DE MATONS, Jean. **Droit, economie e finances portuaires**, p. 90.

<sup>292</sup> COLLYER, Wesley O. **Lei dos portos**, p. 86.

<sup>293</sup> SOUZA JUNIOR, Suriman Nogueira. **Regulação portuária...**, p. 157.

concorrência, como o fomento da ação industrial e comercial do porto, a observância das normas de direito da concorrência, a proposição de medidas para o aumento da competitividade.

A própria Lei prevê que a composição dos conselhos seja em forma de blocos (art. 31). No bloco do Poder Público possuem assento um representante do governo federal, um do Estado e um do Município. O bloco dos operadores portuários é composto por um representante da administração portuária, um dos armadores, um dos terminais privados e um dos demais operadores privados. Há ainda o bloco dos trabalhadores portuários, sendo dois representantes dos avulsos e dois representantes dos demais trabalhadores e, por fim, o bloco dos usuários dos serviços portuários, sendo dois representantes dos importadores e exportadores, dois representantes dos proprietários e consignatários de mercadorias e um representante dos retroportuários (art. 31). São, portanto, dezesseis conselheiros, divididos em quatro blocos, que opinam e decidem sobre a gestão portuária.

No entanto, não há dezesseis votos, pois a própria Lei estipula que cada bloco possui um voto, sendo que o presidente do conselho possui o voto de minerva (art. 31, §4º). O presidente do conselho é o representante do governo federal (art. 31, I, a).

Percebe-se que a intenção da Lei foi fazer com que os próprios interessados no serviço portuário contribuíssem para o seu gerenciamento, de modo que o governo federal ficaria com o voto de minerva apenas para dar congruência nacional ao setor.<sup>294</sup>

#### 2.8.2. A Administração Portuária em sentido estrito

Já a Administração Portuária possui os poderes de polícia, de gerenciamento do espaço físico e da exploração dos serviços portuários. No entanto, como a Administração do Porto Organizado fica a cargo da União ou da concessionária (art. 33), o conceito aproxima-se na noção anglo-saxã clássica de autoridade portuária.

Assim como ocorre com o CAP, as competências da Administração Portuária podem ser divididas em organizacionais, orçamentárias e de promoção da eficiência e competitividade. No entanto, como diferencial, a Administração Portuária deve organizar a guarda portuária e pode lavrar autos de infração, o que inclui o poder de polícia dentre suas atribuições.

---

<sup>294</sup> COLLYER, Wesley. **Lei dos portos**, p. 134.

Dentre essas competências de poder de polícia se destacam: (i) fazer cumprir as leis, o regulamento e o contrato de concessão; (ii) fiscalizar as obras que ocorrem dentro do porto organizado; (iii) fiscalizar as operações portuárias; (iv) organizar a guarda portuária; (v) remover as embarcações que possam dificultar o acesso ao porto; (vi) suspender as operações que possam comprometer o funcionamento do porto; (vii) lavrar auto de infração e instaurar processos administrativos, ressalvadas as competências da União (art. 33, §1º, da Lei 8.630/93). Compete ainda à Administração dos Portos determinar as penas aplicáveis e fixar o limite da pena, nos termos da lei.

### 2.8.3. A problemática relação entre o CAP e a administração portuária

Como se viu, a Administração Portuária não é a única instituição a gerir o porto organizado. Ao seu lado há o Conselho da Autoridade Portuária. Ambos configuram o que se pode chamar de Autoridade Portuária no regime brasileiro, que possui como peculiaridade a bipartição no exercício do poder.

Os problemas entre esses dois entes são, na verdade, originados pela falta de uma legislação clara quanto às competências. Conceitua-se competência como sendo “*o círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos*”.<sup>295</sup>

Tendo em vista a pluralidade de tarefas entre CAP e autoridade portuária é imprescindível uma definição clara de competência para o bom funcionamento do setor portuário. Segundo MAURER:

Uma clara regulação da competência é, em vista da pluralidade de autoridades, indispensável. Ela se situa, por um lado, no interesse da própria administração, porque ela impede trabalho duplo, perda por fricção e dificuldades de competência e por ajuste dos âmbitos da atividade da autoridade assegura a unidade da administração. E, por outro lado, ela se situa no interesse do cidadão que quer e deve saber qual autoridade tem de decidir em seus assuntos.<sup>296</sup>

Nesse exercício de bipartição do poder pode-se identificar a existência de um ato complexo. Um ato complexo, segundo MOREIRA, é “*plurissubjetivo (praticado por mais de um sujeito), unitário (todas as manifestações fundem-se em um só ato), indivisível (não*

<sup>295</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo**, p. 134.

<sup>296</sup> MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**, p. 600.

*admite validade através da fragmentação das manifestações dos agentes) e unânime (não admite dissensão). Daí porque seu controle deve ser exercido em face de todas as autoridades cujas competências fundiram-se no ato complexo”.*<sup>297</sup>

No entanto, não são raros os exemplos que indicam haver o desconhecimento dessa bipartição do poder e da emanção de atos complexos. Há momentos em que o CAP se sobressai em relação à Administração Portuária. No entanto, o sentido inverso também ocorre, sendo que há quem defenda que a Administração Portuária possui hierarquia em relação ao CAP. Os tribunais brasileiros possuem alguns exemplos de como é problemática essa relação, como será visto adiante.

Neste ponto, convém ilustrar com alguns fatos envolvendo a APPA e o CAP do Porto de Paranaguá.

O governo do Estado do Paraná, desde 2003, tem tentado implementar uma série de medidas contra o embarque de soja geneticamente modificada pelos Portos de Paranaguá e Antonina. No entanto, essa restrição foi apenas o início de um embate entre os operadores portuários, que possuem assento no CAP, e a APPA. Desde então, o conflito de atribuições tem se intensificado, levando a administração portuária para o Poder Judiciário.

A APPA proibiu a movimentação e o embarque de soja geneticamente modificada pelos Portos de Paranaguá e Antonina, mesmo havendo lei federal que permitisse tais operações. No entanto, em 2006, o Conselho da Autoridade Portuária expediu a Deliberação 001/2006, a qual considerou que no Estado do Paraná a colheita de soja transgênica seria de aproximadamente 20% (vinte por cento) naquele ano e que os contratos de compra e venda de soja para exportação não previam restrições aos organismo geneticamente modificados, de modo que recomendou à APPA as seguintes medidas: manutenção do terminal público como exclusivo para movimentação de soja convencional; permissão para a utilização do sistema complexo do corredor de exportação e outros terminais para a movimentação de produtos desejados pelo comprador; determinação para que houvesse a limpeza e a higienização do sistema do complexo e outros terminais, de modo a impedir possíveis contaminações cruzadas, as quais seriam de inteira responsabilidade das empresas exportadoras.

No entanto, essa recomendação não foi observada pela APPA, a qual continuou a proibir a movimentação de soja geneticamente modificada pelo Porto de Paranaguá. Tal

---

<sup>297</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**, p. 63.

conduta foi questionada e afastada em mandado de segurança coletivo impetrado pela Associação Brasileira de Terminais Portuários.<sup>298</sup>

A fim de cumprir a determinação judicial, a APPA reservou apenas um berço de atracação para que fossem movimentadas cargas geneticamente modificadas (Ordem de Serviço nº 31, de 20.04.2006). Todavia, o CAP determinou a APPA que promovesse a liberação dos outros dois berços para a movimentação desse tipo de carga (Deliberação nº 09, de 20.07.2006). Como a APPA não observou a determinação do Conselho, a questão foi levada ao Poder Judiciário, oportunidade em que se decidiu a relação existente entre o CAP e a Administração Portuária.

O juiz, após analisar as competências trazidas pela Lei 8.630/93, concluiu que o CAP não é mero órgão consultivo. Além disso, afirmou que a Lei de Modernização dos Portos prevê a atuação conjunta dos agentes envolvidos nas operações portuárias. Por fim, decidiu que como a decisão do CAP é tomada por vários agentes, inclusive contando com a presença de um representante da Administração dos Portos, a decisão do conselho teria primazia sobre a decisão da APPA.<sup>299</sup>

Esse mesmo argumento foi utilizado pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região, ao apreciar o reexame necessário da sentença proferida nos autos 2006.70.08.001397-5/PR.<sup>300</sup>

Percebe-se, portanto, que em um primeiro momento, firmou-se que o CAP possui superioridade hierárquica em relação à Administração Portuária.

No entanto, em um segundo momento, colocou-se a Administração dos Portos como autoridade portuária. Em uma nova lide envolvendo o Porto de Paranaguá, o Sindicato dos Operadores Portuários do Estado do Paraná (SINDOP) contestou ato do Superintendente da APPA, consubstanciado no Ofício nº 108/06-APPA de 23.03.2006, que restringiu a atividade de colocação de lonas nos caminhões que ingressam nos terminais dos operadores portuários aos trabalhadores portuários avulsos do Sindicato dos Arrumadores. Decidiu-se que a APPA, como autoridade portuária, deveria agir conforme suas competências, dentre as quais não se

<sup>298</sup> JUSTIÇA FEDERAL DO PARANÁ. **Sentença**. Autos n. 200670080013975. Juiz Carlos Komorowski. DJ: 13/11/2006.

<sup>299</sup> JUSTIÇA FEDERAL DO PARANÁ. **Decisão/liminar**. MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2006.70.08.001397-5/PR. Juiz: Carlos Felipe Komorowski. 15 de set. 2006. Disponível em WWW.jfpr.gov.br.

<sup>300</sup> TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA QUARTA REGIÃO. REMESSA "EX OFFICIO" EM MS Nº 2006.70.08.001397-5/PR. Relatora: Des. Fed. Marga Inge Barth Tessler, DE 27/05/2008.

incluía a manifestar-se sobre o enlonação de caminhões, atividade que poderia ser feita pelo próprio caminhoneiro, não sendo atividade portuária.<sup>301</sup>

Percebe-se, portanto, uma variação no entendimento da Justiça Federal quanto à questão da relação entre a Administração Portuária e o Conselho de Autoridade Portuária. Conforme as definições trazidas acima, a Autoridade Portuária é aquela que gerencia, impõe ordens e define as operações de um Porto. Essa autoridade portuária, segundo as decisões da Justiça, é o CAP, o qual possui superioridade hierárquica sobre a Administração Portuária. No entanto, o próprio Poder Judiciário liga a Administração Portuária à autoridade portuária. Há, portanto, uma contradição no entendimento do Judiciário.<sup>302</sup>

No entanto, em um regime de bipartição do Poder, a questão não se resolve pela hierarquia, mas pelas competências. O Conselho da Autoridade Portuária não é superior hierarquicamente à Administração Portuária por ser colegiado. A Administração Portuária não exerce, sozinha, a função de Autoridade Portuária. Ambos possuem competência para deliberar sobre determinado assunto, os quais estão expressos na Lei 8.630/93. Determinadas atividades são de competência do CAP, com homologação da Administração Portuária e vice-versa.<sup>303</sup>

É desta forma, com base nas competências e na teoria dos atos complexos, que deve ser exercida a Autoridade Portuária, de modo complementar e não de superioridade. *“Colaboração mútua e perfeito conhecimento das competências de cada uma certamente são o melhor rumo para a Autoridade Portuária (CAP + administradora) singrar em direção a um porto cada vez mais eficiente”*.<sup>304</sup>

Feitas essas ponderações sobre o setor portuário, é tempo de analisar alguns de seus problemas sob a ótica da Análise Econômica do Direito.

---

<sup>301</sup> JUSTIÇA FEDERAL DO PARANÁ. **Sentença**. MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2006.70.08.001061-5/PR. Juiz: Carlos Felipe Komorowski. DJ: 04/09/2006. No mesmo sentido: TRF4, AMS 2007.70.08.000576-4, Quarta Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, D.E. 23/06/2008. Consta da emenda deste acórdão síntese do pensamento do Judiciário Federal da Quarta Região sobre o tema: *“A administração do porto não é desempenhada somente pela Autoridade Portuária, ou seja, o Superintendente da APPA, mas de forma compartilhada com os demais agentes envolvidos nessas operações, reunidos no CAP. A decisão do CAP tem primazia à da APPA, por ser tomada pelo conjunto dos atores envolvidos no serviço portuário”*

<sup>302</sup> COLLYER, Wesley. **Lei dos portos**, p. 112.

<sup>303</sup> Neste sentido: TRF4, AMS 2002.70.08.000477-4, Quarta Turma, Relator Edgard Antônio Lippmann Júnior, DJ 23/04/2003.

<sup>304</sup> COLLYER, Wesley. **Lei dos portos**, p. 113.

### **CAPÍTULO 3. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO INSTRUMENTO PARA A REFLEXÃO SOBRE QUESTÕES PORTUÁRIA**

Nos capítulos anteriores foi traçado um panorama do sistema portuário brasileiro e da Análise Econômica do Direito. É tempo de justificar a abordagem desses capítulos preparatórios, a fim de relacionar esses dois assuntos.

Muitos problemas podem ser solucionados a partir desse foco. Seria impossível tratar de todos nas curtas páginas desta dissertação. Portanto, foram eleitos três aspectos que merecem destaque pela proximidade com o dia a dia de todos os envolvidos com questões portuárias. O primeiro deles consiste em saber se os portos são monopólios naturais e, em qualquer das respostas, quais as consequências dessa subsunção à regulação. Em seguida, a questão dos bens portuários será analisada. Por fim, será estudada a possibilidade de cotejar a categoria dos contratos incompletos com os contratos firmados entre os agentes de infraestrutura portuária, a fim de procurar respostas para questões como a modificação contratual e a questão da expansão portuária.

Antes de adentrar nessas questões, é preciso esclarecer que a regulação dos portos é efetuada em duas camadas: a primeira, estatutária e genérica, que liga os regulados aos poderes da agência reguladora; a segunda, contratual, que dá os contornos mais específicos da regulação. Diz-se que a regulação ocorre em duas camadas porque a ANTAQ, além de ser a agência reguladora, figura como poder concedente. A regulação dos monopólios naturais, por exemplo, ocorre por meio do estatuto e por meio do contrato, com a peculiaridade que esses contratos são incompletos.

Isso se encaixa na noção de que existem várias estratégias regulatórias dirigida aos monopólios naturais e às atividades de livre concorrência, desde a que faz com que o monopólio natural seja explorado por uma empresa pública (modelo que o Brasil vem abandonando) até aquele em que é o mercado que dita as regras para o monopólio, por meio de contratação privada. Trata-se de escolha de política econômica do governo.<sup>305</sup> Escolhas imperfeitas para um mundo imperfeito: isso, o estudioso do direito não pode se esquecer.

---

<sup>305</sup> GÓMEZ-IBÁÑEZ, José. **Regulating infrastructure: monopoly, contracts and discretion**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 11.



### 3.1. O monopólio natural e os portos

Como mencionado nos capítulos anteriores, a categoria dos monopólios naturais flerta com a noção de porto. Isso remonta às origens das instalações portuárias, quando os portos eram meros atracadouros e abrigos naturais para os barcos e navios, pois dificilmente uma localidade tinha mais de um trapiche ou local abrigado para o fundeio de embarcações.

No entanto, o conceito de monopólio natural não se restringe a uma questão de natureza ou geografia. É imperioso conjugá-la com o custo da duplicação da infraestrutura. Haverá monopólio natural quando a situação geográfica de um porto não permita a duplicação da infraestrutura, de modo que a concorrência fica prejudicada. Há apenas um conjunto de instalações que atende às demandas de determinado local.

Ainda sob o aspecto geográfico, como mencionado no segundo capítulo, os portos podem ou não concorrer entre si. Pegue-se o exemplo da movimentação de contêineres pelos portos de Paranaguá, Itajaí e São Francisco do Sul. Por rodovias, eles não distam mais de 200 quilômetros. Pelo mar, utilizando uma estimativa fornecida por programas como o *Google Earth*, o Porto de Paranaguá fica sessenta quilômetros distante do Porto de São Francisco e cento e quarenta quilômetros distante do Porto de Itajaí. Para o empresário de comércio exterior, há a concorrência entre esses portos quando se fala da movimentação de contêineres. A escolha do empresário será pautada, portanto, por outros elementos, como a eficiência do próprio porto, as taxas de armazenagem, a atuação da Receita Federal e, até mesmo, as condições dos outros modais que chegam até os portos.

Situação diferente ocorre com a exportação de veículo. Os Portos de São Francisco e Itajaí não possuem terminais de exportação de veículos para o escoamento da produção das fábricas situadas no Paraná, como é o caso da Renault e da Audi-Volkswagen. Neste caso, e considerando a proximidade das fábricas em relação ao Porto de Paranaguá (menos de cem quilômetros), pode-se dizer que o Porto de Paranaguá atua em situação de monopólio natural quando o assunto é a exportação de veículos produzidos no Estado do Paraná. É este o mercado relevante que deve ser levado em conta para a definição da situação de monopólio ou não.

Dessa forma, não se pode dizer que os portos sempre são monopólios naturais. É preciso verificar o mercado que se está analisando. Como visto anteriormente, na movimentação de contêineres há concorrência entre os Portos de Itajaí, São Francisco do Sul e Paranaguá. Com a conclusão das obras em Itapoá, haverá outra instalação portuária destinada a contêineres e mais um agente no mercado de movimentação de cargas. No

entanto, tendo em vista as instalações e a proximidade com as montadoras de veículos, o Porto de Paranaguá assume uma situação de monopólio natural na exportação de automotores.

Mas o que vem a ser essa situação de monopólio natural?

Alexandre NESTER sustenta que há uma situação de monopólio natural:

(...) quando a atividade estiver vinculada a uma complexa infraestrutura ou mesmo recursos naturais, cuja multiplicação seja inviável. Em razão dos custos envolvidos, ou mesmo das características técnicas da atividade, a única forma eficiente de desenvolvê-la para atender a demanda do mercado consiste na utilização da infra-estrutura ou dos recursos por uma única empresa.<sup>306</sup>

Uma empresa, exploradora de determinada atividade econômica, pode usufruir da situação de monopólio em relação a certos serviços e pode não se enquadrar nessa situação em relação a outros.

O mesmo raciocínio vale para os terminais portuários considerados individualmente. Além da questão natural e da questão do investimento, os terminais portuários só configurarão monopólio natural quando não for economicamente viável a duplicação da estrutura e não houve concorrência com outros terminais, situados em outros portos. A análise é dinâmica.

Pegue-se o exemplo, agora isolado, do terminal de exportação de veículos do Porto de Paranaguá. Atualmente ele está numa situação de monopólio natural. No entanto, no futuro, com o aumento da produção de veículos ou com a instalação de uma nova fábrica automotiva no leste do Paraná, é possível que o terminal não atenda à demanda, razão pela qual pode haver a construção de nova infraestrutura. A situação de monopólio natural, não é demais repetir, é uma análise em determinado momento, tendo em vista a conjuntura geográfica e econômica na qual o terminal está inserido.

Quando uma empresa está em situação de monopólio, sabe que dificilmente terá concorrentes naquele momento. Para tanto, o investimento terá que ser alto. No entanto, o monopolista não pode enganar-se, pois o lucro que eventualmente ganha serve de chamariz para outros investidores.

Como mencionado acima, a análise se determinado setor possui um monopólio natural ou não deve ser dinâmica. Mas quais seriam os instrumentos técnicos para avaliar essa

---

<sup>306</sup> NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência**, p.39. O conceito de Fernando ARAUJO é mais amplo: Situação de monopólio consiste em “uma situação que pode combinar-se com diversas possibilidades do lado da procura, seja a de existir atonicidade entre os compradores, seja a de existirem coligações ou um número restrito de compradores, seja mesmo a de existir, defronte do monopolista, um único comprador, um monopsonista”. ARAUJO, Fernando. **Introdução à economia**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 343.

situação de monopólio natural? Além de definir o mercado relevante, é preciso que o monopólio passe pelo teste da contestabilidade e da sustentabilidade.

Ocorre a contestabilidade, ou aplicação da teoria dos mercados contestáveis, quando após as retiradas das barreiras de entrada, o monopolista de fato continuar a ter atitudes como se estivesse em situação de monopólio, tais como maximização irracional de lucros ou ausência de investimentos na melhoria da produção. Se o monopolista persistir nessa conduta, descobrirá que ela será o caminho para o insucesso, sobretudo em virtude dos novos concorrentes. Para manter sua situação de monopólio incontestável necessita melhorar os níveis de produção, diminuindo os preços cobrados, de modo a tornar o mercado menos atrativo para eventuais concorrentes. Com isso, há um aumento da produção, do ótimo de Pareto, fazendo com que todo o bem-estar cresça. Para manter a situação de monopólio é necessário possuir controle incontestável sobre ele e isso, em um mercado aberto, só é possível com a diminuição do lucro, como se houvesse uma concorrência potencial.<sup>307</sup>

E quando esse controle é contestável? Só se pode falar em contestabilidade quando todos os produtores tiverem acesso a mesma tecnologia, a qual permitirá uma economia de escala a eles. Além disso, o controle de mercado será contestável se todas as firmas puderem mudar seus preços sem consultar os outros produtores e quando os consumidores puderem dar uma resposta imediata a essas modificações de preço (teoria da oferta e da procura).<sup>308</sup> Logo, para a configuração do monopólio natural no setor portuário o controle sobre o mercado deve ser incontestável.

Já a sustentabilidade ocorre com um monopólio natural se não houver nenhuma maneira de fazer com que os preços de entrada sejam atrativos para o empreendedor.<sup>309</sup> Os custos fixos de um monopólio fazem com que ele se sustente.

Diante disso, pode-se concluir que um mercado perfeito é perfeitamente contestável, mas que um monopólio natural pode ou não ser contestável.<sup>310</sup> Isso porque no mercado perfeito, a entrada é livre e as empresas podem fixar os seus preços, os quais terão respostas imediatas pelos consumidores. Nos monopólios naturais, isso pode acontecer ou não. Tudo dependerá do atendimento das variáveis acima mencionadas, de modo que se pode concluir que a contestabilidade é algo dinâmico e não estático.

Ao lado da contestabilidade, a sustentabilidade dos monopólios naturais também é algo modificável com as variáveis. Com certo arranjo de preços, o monopólio natural pode ser

<sup>307</sup> ARAUJO, Fernando. **Introdução à economia**, p. 367.

<sup>308</sup> WATERSON, Michel. **Regulation of the firm and natural monopoly**. Oxford: Basil Blackwell, 1988, p.28.

<sup>309</sup> WATERSON, Michel. **Regulation of the firm and natural monopoly**, p. 30

<sup>310</sup> WATERSON, Michel. **Regulation of the firm and natural monopoly**, p. 32.

sustentável. Com a mudança dessa composição, o monopólio natural passa a ser ineficiente e insustentável.

O paradoxo disso é que os monopólios sustentáveis e o livre mercado possuem alguns pontos de intersecção. O primeiro deles é a questão dos custos. Para entrar no livre mercado ou para furar a barreira de proteção do monopólio natural é preciso investimento. A diferença é que, para quem já explora a atividade há certo tempo, os investimentos já estão sendo amortizados. Já para quem deseja iniciar a exploração dessa atividade, há um investimento inicial a ser efetuado, o qual será revertido após longo processo de maturação. Em todos os casos, haverá custos irre recuperáveis.<sup>311</sup>

Outro ponto que revela a intersecção entre os monopólios sustentáveis e o livre mercado é a questão da economia de escala. Diz-se que os monopólios naturais são aqueles em que para produzir um item “x” haverá um custo “y”, sem que esse custo “y” possa ser diminuído pela entrada de um novo competidor no mercado. WATERSON alerta que essa análise é estática, não levando em conta a variável tempo. Assim, um item “x”, com o custo “y” para determinado consumidor, pode levar um tempo “z” para ser construído. Mas uma empresa pode construir o mesmo objeto com o mesmo custo, mas com um tempo “z/2”.

Tudo isso para dizer que os monopólios naturais podem coexistir com o livre mercado. Em outras palavras, o mesmo setor pode configurar um monopólio natural ou pode abarcar a livre concorrência. Trata-se de uma questão de sustentabilidade.

A atuação do regulador deverá, portanto, distinguir as situações de monopólio natural daquelas em que há concorrência. Trata-se, pois, de verificar qual o mercado que se analisa. Como mencionado anteriormente, item 1.3.2.2, a identificação do mercado relevante é condição imprescindível para identificar situações de monopólio.

### 3.1.1. A atuação do regulador em situações de monopólio natural

Por mais que a situação de monopólio possa se modificar, não se pode ignorar que tal mudança não acontece subitamente. Isso porque além do grande aporte de recursos iniciais, há a divisão do mercado e a divisão de possíveis lucros entre duas empresas.<sup>312</sup> Aquele que está em situação de monopólio natural sabe que trabalha com uma curva de demanda artificial e poderá impor os seus preços.

<sup>311</sup> WATERSON, Michel. **Regulation of the firm and natural monopoly**, p. 34.

<sup>312</sup> MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Trad. Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Cengage Learning, 2009, p. 317.

Entra, então, a figura do regulador, o qual deve descobrir qual a melhor maneira de influenciar o comportamento das empresas que atuam em mercados não-competitivos a atuarem conforme os objetivos adequados aos anseios sociais.<sup>313</sup>

A competição é algo útil ao mercado. Quanto maior a competição, mais os agentes se esforçarão para produzir mais e ganhar mais lucros. Isso, em uma perspectiva de Pareto, melhora a sociedade. No entanto, a competição só existe se todos os agentes estiverem em igualdade de condições. No mundo ideal, isso existe. No mundo real, é preciso a intervenção estatal para que a procura pelo aumento da riqueza não esbarre em valores sociais.<sup>314</sup> É aí que fica evidenciada a importância da regulação.

E como o regulador pode perseguir esses objetivos? Há diversos instrumentos, da própria análise econômica, que auxiliam o regulador. Ele pode optar dentre esses instrumentos ou pode não regular. No entanto, não se pode esquecer que, em se tratando de monopólios naturais, o regulador fica no centro de uma disputa de interesses das empresas, dos usuários e do governo. E não apenas isso. Deve cuidar para que as tarifas cobradas pelos concessionários remunerem o serviço prestado e recuperem o valor investido pelo empreendedor. Tudo isso velando pela qualidade e eficiência do serviço prestado. Se o regulador errar na medida do controle, ou monopolista não terá incentivos para prestar um serviço adequado ou o usuário será prejudicado. Errar no modo como a regulação será conduzida significa ineficiência e cobrança de tarifas abusivas por parte do concessionário.

No entanto, não se pode esquecer que a regulação é uma relação entre o agente e o regulado. No caso dos portos, entre ANTAQ e outorgados. Como visto anteriormente, é impossível que o regulador detenha todas as informações sobre determinado setor. A assimetria de informações é algo com que o setor deve conviver, pois impossível e muito custoso acabar com esse fenômeno e com suas consequências (o risco moral e a seleção adversa).

É dentro desse quadro que o regulador deve forjar suas estratégias regulatórias.<sup>315</sup> Dentre as estratégias que serão demonstradas a seguir, que englobam até mesmo o não regular, não há uma que seja melhor ou pior, tampouco uma certa ou errada. Tudo dependerá de como o setor se configura e como os agentes reagem à regulação.

---

<sup>313</sup> TRAIN, Kenneth. **Optimal regulation**. the economic theory of natural monopoly. MIT Press: Cambridge, Massachusetts, 1994, p. xi.

<sup>314</sup> TRAIN, Kenneth. **Optimal regulation**, p. 01.

<sup>315</sup> GHIRARDI, André Garcez. “Estratégias de regulação e qualidade dos serviços públicos”. **Revista Econômica do Nordeste**, v. 31, n. especial, nov. 2000, p. 924.

### 3.1.1.2 Regulação pela tarifa

As tarifas cobradas pelos concessionários possuem caráter regulamentar, ou seja, muito embora a equação econômico-financeira esteja prevista no contrato, o Poder Concedente pode modificá-la unilateralmente.<sup>316</sup> Isso significa que o controle das concessões pode ser efetuado por meio da tarifa.

Não se pode ignorar, ademais, que fixar os parâmetros de tarifação é uma forma de intervenção do Estado na economia. O Estado interfere diretamente no preço cobrado, fazendo com que os preços não sejam configurados pelas leis do mercado. Trata-se, pois, de instrumento poderoso de regulação.<sup>317</sup>

Dentre as estratégias de regulação, está aquela em que o preço da tarifa é a variável mais utilizada para controlar determinado setor. Em suma, o regulador fixa a tarifa de modo que o empresário possa recuperar seu investimento. Com a regulação pela taxa de retorno (“*rate of return regulation*”) e suas variáveis,<sup>318</sup> a empresa pode ganhar não mais que o lucro justo relativo ao capital investido.<sup>319</sup> A empresa tem liberdade para fixar seus ganhos, desde que eles não ultrapassem uma margem justa. Em síntese, a taxa de retorno funciona da seguinte maneira: é feita uma comparação entre a receita total e as despesas operacionais. A diferença entre tais valores deve revelar uma receita líquida que permita com que a empresa recupere o capital investido. Se isso acontecer, a tarifa não deve ser modificada. No entanto, se a receita líquida não remunerar o capital investido, a concessionária está autorizada a aumentar a tarifa. E se a receita líquida for excessiva e remunerar além do capital investido, a concessionária deverá reduzir os valores cobrados dos usuários.

Como observa TRAIN, com a taxa de retorno fixada pela relação entre despesas e receita, não há incentivo para o incremento de produção ou melhoria dos serviços, pois para a empresa pouco importará diminuir os seus custos, se a margem de lucro será sempre fixada pelo governo.<sup>320</sup>

<sup>316</sup> CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 48.

<sup>317</sup> CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifa nas concessões**, p. 87.

<sup>318</sup> TRAIN identifica três variáveis da taxa de retorno: (i) “*Return-on-output regulation*”: a empresa pode ganhar sobre cada unidade produzida que vende. A empresa pode fixar seus custos, seu nível de produção e o preço, contanto que seus lucros não excedam uma quantia fixa por unidade produzida; (ii) *Return-on-sales regulation*: a empresa pode ganhar uma quantia em cima de cada real que entre na empresa; (iii) “*Return-on-cost regulation*”: a empresa ganha um quantia em cima de cada real gasto na empresa. Ampliar em TRAIN, Kenneth. **Optimal regulation**, p. 71.

<sup>319</sup> TRAIN, Kenneth. **Optimal regulation**, p. 20.

<sup>320</sup> TRAIN, Kenneth. **Optimal regulation**, p. 21.

No entanto, para o empresário, a taxa de retorno é interessante, pois sabe que terá a recuperação dos valores investidos, independentemente do desempenho do setor ou de outras condições alheias a sua vontade (a quebra de safra, por exemplo, diminui a movimentação de cargas).<sup>321</sup>

No entanto, com a utilização da Taxa de Retorno, há a possibilidade de verificação do efeito Averch e Jonhson (“*A-J effect*”), segundo o qual a regulação pode induzir a ineficiência. Isso porque como há o controle o lucro pelo governo, “*não há qualquer interesse para a empresa regulada sair com ganhos positivos, de modo que sempre operará com a margem zero, pois seus ganhos estarão sempre limitados pelo regulador*”.<sup>322</sup> Com isso, há a ineficiência, pois não há qualquer intenção em reduzir os custos. Como efeito A-J tem-se que empresas desreguladas são mais eficientes que empresas não reguladas.

Além do efeito A-J, existem outros problemas relacionados com a taxa de retorno. Como definir quais custos serão incluídos na base de cálculo é apenas um deles. Como a fixação da taxa de retorno depende de uma ponderação entre os custos e a receita de empresa, qualquer sub ou superestimativa dos custos poderá influenciar na fixação do lucro. Pergunta-se, então, até que ponto o regulador possui informação completa sobre aquela indústria. Trata-se, pois, de mais um caso de assimetria de negociação.<sup>323</sup> No entanto, investir na aquisição de informação total, se não impossível, possui altos custos e grande investimento de tempo, de modo que a efetividade da regulação pela taxa de retorno é questionada.

Há, ainda, quem identifique não haver incentivo na regulação pela taxa de retorno. Segundo MANKIW, uma das características dos monopólios naturais é trabalhar com um custo total decrescente. Assim, qualquer regulação baseada nos custos levará a uma diminuição dos preços, o que pode levar uma empresa a sair de determinado setor.<sup>324</sup>

Outra forma de regulação pelo preço é agregando elementos que possibilitem a aferição de eficiência do setor, principal crítica à regulação pela taxa de retorno. Para aliar o preço e a qualidade, o regulador fixa um teto para a cobrança de tarifas praticadas pelas empresas (*price caps*), as quais podem conceder descontos. Essa forma de regulação, iniciada na Inglaterra com LITTLECHILD, foi adotado inicialmente para regular os serviços de gás e eletricidade naquele país. A forma de aplicação é conjuga não apenas a regulação pelo preço, mas também a regulação pela qualidade.

<sup>321</sup> WORLD BANK. “Port regulation module”. **Port reform toolkit**. 2 ed. Washington: World Bank, 2007, p. 294.

<sup>322</sup> TRAIN, Kenneth. **Optimal regulation**, p. 50.

<sup>323</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**, p. 272.

<sup>324</sup> MANKIW, E. George. **Introdução à economia**, p. 330.

O regulador estabelece um teto de preço (*price cap*). A empresa regulada pode praticar qualquer preço abaixo desse limite, não havendo qualquer controle do regulador quanto aos lucros da empresa (diferente da taxa de retorno). O elemento eficiência é agregado quando ocorre a revisão dos valores. Isso porque as revisões são marcadas em intervalos de tempo razoáveis, maiores do que os intervalos da regulação pela taxa de retorno, que permitam aferir como uma empresa trabalha.<sup>325</sup>

Como o lucro fica com a empresa, se ela for eficiente e reduzir os seus custos, passará a deter mais lucro. Como há uma tendência de que os custos sejam reduzidos, haveria uma diminuição dos preços, caso houvesse concorrência. No entanto, não se pode esquecer que o ambiente é o de monopólio natural. É por isso que a regulação pelo preço de teto pode vir acompanhada de um redutor do preço dos valores das tarifas.

Portanto, ao lado da revisão das tarifas, que ocorre em períodos mais longos, como cinco ou oito anos, há uma recomposição das tarifas, que ocorre em intervalos mais curtos,<sup>326</sup> envolvendo o índice de inflação acumulado do período anterior, do qual se diminui um fator X. E o que seria esse fator X? Trata-se da expectativa de produtividade que o regulador espera que a empresa alcance. A fórmula dessas recomposições anuais é conhecida como IPC-X, ou seja, o índice de preços ao consumidor menos o fator X.

Pois bem. Se o fator X é uma expectativa de produtividade, quais são os elementos que podem compô-lo? Como o fator X é considerado um incentivo e, portanto, pode modificar as atitudes dos agentes, a escolha de seus componentes definirá uma boa regulação. Há, pois, vários níveis de fatores X. O mais simples é a diferença entre a taxa de crescimento do preço do insumo da empresa e a taxa de crescimento da produtividade total dessa mesma empresa. O mais complexo agrega à essa variável questões como a influência do aumento de determinada tarifa do índice de preços ao consumidor.<sup>327</sup>

Pegue-se o exemplo da ANATEL. Há uma opção pela fixação das tarifas pelo teto (art. 7º, II, Decreto n. 4.733/03), pois “a definição do reajuste das tarifas de público será baseada em modelo de teto de preços com a adoção de fator de produtividade, construído mediante a aplicação de sistema de otimização de custos a ser implementado pela agência reguladora”.

<sup>325</sup> TRAIN, Kenneth. *Optimal regulation*, p. 317; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas concessões*, p. 92.

<sup>326</sup> No caso da telefonia brasileira, essa recomposição ocorre a cada três anos. ANATEL. **Agência aprova consulta para cálculo do fator X com otimização de custos**, disponível em <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalNoticias.do?acao=carregaNoticia&codigo=15944>. Acesso: 28 out. 2009.

<sup>327</sup> GHIRARDI, André Garcez. “Estratégias de regulação e qualidade dos serviços públicos”, p. 930



Para a definição do fator X, a ANATEL utiliza não apenas o índice de produtividade da concessionária, mas também utiliza o índice de quantidade do produto e o índice de quantidade dos fatores de produção. Além disso, por força de lei,<sup>328</sup> há a inclusão do fator de compartilhamento, ou seja, os lucros que o concessionário obtiver deverão ser compartilhados com os usuários. São, portanto, essas variáveis que definem o fator X no setor de telecomunicações, conforme dispõe a Resolução n. 418 da ANATEL.

A regulação pelo teto do preço é mais branda do que a pela taxa de retorno. Isso porque o regulador não precisa saber de todos os custos e ganhos da empresa regulada. Basta conhecer as variáveis que compõem o fator X.

No entanto, existem críticas a esse modelo. Se não houver um controle de qualidade por parte da agência, corre-se o risco de o concessionário diminuir a qualidade do serviço prestado a fim de atingir maiores lucros.

Além disso, a definição do período legal para a revisão de tarifas pode trazer semelhanças entre a taxa de retorno e a teto de preço. Isso porque, na taxa de retorno a revisão é anual. No modelo de teto de preço deveria ocorrer em períodos mais longos. Todavia, com a mudança de custos operacionais das empresas, há uma tendência em diminuir tais intervalos, de modo que a revisão caminha na mesma direção que a regulação pela taxa de retorno.<sup>329</sup> Há, portanto, aproximação entre os dois sistemas.

### 3.1.1.2 Estratégias de regulação portuária brasileira

No setor portuário, a escolha da estratégia regulatória deve mirar os objetivos definidos pelo regulador, mas não se deve esquecer sua efetividade. De nada adianta escolher um modelo regulatório perfeito na teoria, cuja execução se mostra impossível para os padrões portuários. O grau de complexidade das variáveis regulatórias dependerá do grau de competência técnica e poder de fiscalização da agência.<sup>330</sup>

Um alerta deve ser feito neste momento: a ANTAQ não utiliza a diferenciação entre situação de monopólio natural ou de concorrência para regular o setor. Há, apenas, distinção entre concessionárias e autorizatárias. Há, portanto, algo a se repensar. Isso porque o terminal privado, que movimenta cargas próprias e de terceiros, pode configurar um monopólio natural. Essa situação é ignorada pela ANTAQ.

<sup>328</sup> Art. 108, §2º, da Lei 9.472/97.

<sup>329</sup> GHIRARDI, André Garcez. “Estratégias de regulação e qualidade dos serviços públicos”, p. 930.

<sup>330</sup> WORLD BANK. “Port regulation module”, p. 34.

Mostraram-se acima três modelos de regulação. Na prática, contudo, tais modelos podem sofrer adaptações atinentes ao setor portuário, sem se esquecer de que há a possibilidade de um modelo híbrido, fruto da aproximação da regulação pela taxa de retorno e pelo teto máximo. Isso porque, na prática, esses dois tipos de regulação possuem o mesmo objetivo: estimular o compartilhamento de risco do empresário e do usuário, sem prejudicar os esforços da empresa para reduzir os custos.<sup>331</sup>

Uma maneira de se mesclar esses dois regimes é fixar um objetivo de taxa de retorno a ser atingido, com possibilidade de variação de não mais do que “x” por cento para baixo ou para cima. Se a empresa se mantiver nessa variável, não há revisão de tarifas. Se ficar abaixo, a empresa está autorizada a aumentar as tarifas e vice-versa.<sup>332</sup>

Diante do que foi exposto, é tempo de se perguntar quais dos modelos foi utilizado pelo regulador brasileiro ao pensar os monopólios naturais. Por questões óbvias, o não regular foi descartado quando se trata de monopólio natural. Sobram a taxa de retorno e a fixação de preços máximos como estratégias de regulação.

Pois bem. Segundo a Portaria n. 118, de 17 de maio de 2002, a agência aprovará os reajustes e revisões de tarifas praticadas por concessionários segundo alguns requisitos preestabelecidos.<sup>333</sup> Um dado curioso desta Portaria é que ela não foi editada pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários, mas pelo Ministério da Fazenda. Trata-se, pois, de indicativo do grau de dependência (ou falta de autonomia) que a ANTAQ possui na regulação portuária.<sup>334</sup>

<sup>331</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**, p. 275.

<sup>332</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**, p. 275.

<sup>333</sup> “Art. 2º Os reajustes deverão: I - ser feitos com periodicidade mínima anual; II - basear-se nas alterações dos custos operacionais ou em índices de preços; III - estar discriminados nas cláusulas constantes dos contratos de concessão ou de permissão, nos atos de autorização previstos no art. 49 da Lei nº 10.233, de 2001, ou nos convênios de delegação, que deverão estabelecer os pesos dos itens que compõem os custos operacionais ou que estarão vinculados a índices de preços e; IV - incluir a transferência de parcela dos ganhos de eficiência das empresas aos usuários.

Art. 3º As revisões ordinárias deverão: I - estar previstas nos contratos de concessão ou de permissão, nos atos de autorização previstos no art. 49 da Lei nº 10.233, de 2001, ou nos convênios de delegação; II - estabelecer a receita necessária para cobrir os custos operacionais eficientes e remunerar o capital prudentemente investido e; III - incorporar parcela das receitas oriundas de outras fontes para fins de modicidade da tarifa.

Art. 4º As revisões extraordinárias deverão: I - identificar o nexo causal responsável pelo desequilíbrio econômico e financeiro nos contratos; II - estabelecer a receita necessária para cobrir os custos operacionais eficientes e remunerar o capital prudentemente investido e; III - incorporar parcela das receitas oriundas de outras fontes para fins de modicidade das tarifas”.

<sup>334</sup> A ANTAQ vem sofrendo violações a autonomia regulatória originária. Além desse fato de a agência estar vinculada a uma Portaria do Ministério da Fazenda para regular as tarifas, há um parecer da Consultoria Geral da União que entende existir recurso hierárquico ao Ministério dos Transportes das decisões tomadas pela ANTAQ até então irrecorríveis na esfera administrativa. CONSULTORIA GERAL DA UNIÃO. **Despacho do Consultor-Geral da União n. 438/2006**, processo n. 5000.029371/2004-83. Disponível em: [http://www.transportes.gov.br/conjur/juridica/pareceres/p438\\_2006.pdf](http://www.transportes.gov.br/conjur/juridica/pareceres/p438_2006.pdf) Acesso em: 03 jan. 2009.

O interessante é que, por lei, a atuação do Ministério da Fazenda na questão das tarifas portuárias só é a de conhecer tais tarifas antes da aprovação pela ANTAQ, não havendo qualquer substrato legal, dentro da legislação setorial, para tal atuação. O art. 27, VII, da Lei n. 10.233/02 determina que cabe à ANTAQ “*aprovar as propostas de revisão e recomposição de tarifas enviadas pelas Administrações Portuárias, após prévia comunicação ao Ministério da Fazenda*”. No entanto, a fixação das tarifas pelo Ministério da Fazenda é determinada pela Lei n. 9.069/95, lei instituidora do Plano Real, a qual traz em seu artigo 70 que cabe ao Ministério da Fazenda estipular os critérios para as revisões e recomposições de tarifas públicas.

Deixando de lado essa falta de autonomia da ANTAQ, é preciso verificar qual o modelo adotado pelo setor portuário brasileiro.

No caso dos reajustes e revisões, ordinárias e extraordinárias, há clara opção pela taxa de retorno, pois as duas principais variáveis que indicarão o quanto será autorizado para a modificação de tarifa são os custos operacionais, aliados aos índices de inflação.

Na Portaria 118/2002 do Ministério da Fazenda há também a menção de compartilhamento dos ganhos com os usuários. Aqui poderia residir o fator X. No entanto, verificando a explicação dada pela própria ANTAQ para essa variável, tem-se que se trata de apenas um desconto aplicado quando não houver transferência de benefícios para os usuários. Segundo a ANTAQ, “*essa demonstração poderá ser feita segundo parâmetros definidos pela Administração do Porto, mas deverá indicar as principais ações empreendidas e os correspondentes resultados alcançados em termos de ganhos de eficiência, quantificando os benefícios diretos e relacionando os benefícios indiretos, que foram transferidos aos usuários*”.<sup>335</sup>

Percebe-se, além disso, que a ANTAQ orienta os regulados que, no momento da realização do pedido de revisão, há a necessidade de expor quando os demais portos da mesma região cobram pelos mesmos serviços. Muito embora louvável tal iniciativa, não há qualquer determinação de redução ou majoração de tarifas nessa comparação, o que pode tornar inócua essa orientação. Isso porque se não houver qualquer comando normativo que indique tal parâmetro como componente das equações de revisão ou recomposição de tarifas, esse dado pode ser utilizado de maneira discricionária pelo regulador.

---

<sup>335</sup> ANTAQ. **Tarifas autoridades portuárias**: formulação. Disponível em [www.antaq.gov.br](http://www.antaq.gov.br). Acesso em 02 nov. 2009.

Mesmo raciocínio pode ser aplicado ao “Sistema Desempenho Portuário”. Como mencionado acima,<sup>336</sup> esse sistema serve para verificar a eficiência dos diversos portos públicos brasileiros. A ferramenta só é utilizada, no entanto, para que o usuário possa comparar os preços e a eficiência dos terminais. Não possui influência na composição tarifária.

Percebe-se, portanto, que o reajuste e a revisão de tarifas no setor portuário brasileiro não visa aos usuários e à eficiência. Trata-se, pois, de remuneração pelo serviço prestado pelo concessionário, sem grande influência na maneira como esse serviço é prestado. Ao utilizar a taxa de retorno, o regulador dá a garantia de que o investidor terá restituído os valores investidos, no entanto, esquece-se da variável qualidade na prestação dos serviços.

A qualidade é dissociada da tarifa na regulação de empresas em situação de monopólio natural. Somente quando a qualidade e a eficiência no serviço prestado tiverem ligadas com os direitos do usuário, é que haverá alguma ação por parte da ANTAQ.

### 3.1.2. A atuação do regulador em situações de concorrência

Naquelas situações em que o monopólio natural não é uma realidade, a regulação pela tarifa deixa de ser o foco do regulador. Isso porque há uma liberação de preços, consoante se extrai do art. 43, II, da Lei n. 10.233/02, segundo o qual a autorização é *“exercida em liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, e em ambiente de livre e aberta competição”*.

Se o autorizatário atua em livre concorrência, segundo as leis do mercado, a atuação do regulador passa a ser outra: velar por patamares mínimos de qualidade na oferta do serviço portuário ao público.

O art. 44 da Lei n. 10.233/02 dispõe que haverá um controle, por meio da autorização, das *“condições para sua adequação às finalidades de atendimento ao interesse público, à segurança das populações e à preservação do meio ambiente”*, bem como das *“condições para anulação ou cassação”* da autorização.

Dessa forma, pode-se dizer que no setor portuário brasileiro o controle das concessões faz-se eminentemente pela tarifa e, em escala menor, pela qualidade, ao passo que o controle de autorizações é exclusivamente efetuado pela qualidade, sendo que há apenas uma supervisão dos preços praticados.

---

<sup>336</sup> Item 2.2

A negociação de preços, condições de oferecimento do pagamento, financiamento, garantias: tudo é deixado para a negociação entre as partes. Assemelha-se, portanto, ao fenômeno identificado por GÓMEZ-IBÁÑEZ nos Estados Unidos da América: parte da regulação das ferrovias é feito por meio de contrato privado, entabulado entre o prestador do serviço e o usuário. Ao comparar esses contratos e as concessões, GÓMEZ-IBÁÑEZ afirma haver menos discussão nesses contratos menores. Isso porque geralmente são contratos de curta duração, os quais não necessitam de grandes digressões sobre pagamento, riscos, eventos futuros.<sup>337</sup> São, portanto, contratos mais completos.

A atuação do regulador consiste, além da aferição da qualidade, em verificar se há abuso do poder econômico ou atos de concentração, o que poderia gerar um monopólio em situações e que comporta, concorrência. Havendo indícios de atos de concentração, a ANTAQ efetua uma comunicação aos órgãos de controle de concorrência (art. 31 da Lei n. 10.233/02).

A ANTAQ não efetua, portanto, um controle dos atos de concorrência e de concentração. Efetua supervisão dos preços e dos atos dos autorizatários. Na hipótese de identificar ações contrárias à concorrência, apenas comunica aos órgãos competentes.

### 3.1.3. Outras estratégias regulatórias: o compartilhamento de infraestrutura, a terminalização e o não-regular

Ao lado da regulação pela tarifa e pela qualidade, o regulador portuário pode lançar mão de outras possibilidades a fim de atingir as metas prescritas para o setor, sobretudo quando se tratar de monopólio natural. Apesar de não serem estratégias utilizadas pelo regulador brasileiro, são medidas interessantes, que auxiliam no repensar o setor.

Em situações de monopólio natural, a utilização compartilhada e simultânea da infraestrutura por concorrentes pode ser uma estratégia regulatória a fim de amenizar o monopólio natural e criar a concorrência.

Para identificar situações em que pode haver o compartilhamento de infraestrutura é preciso conjugar quatro requisitos: o controle da infraestrutura por um monopolista; a configuração da situação de monopólio; o abuso do poder econômico por parte do detentor da

---

<sup>337</sup> GÓMEZ-IBÁÑEZ, José. **Regulating infrastructure**, p. 198/199.

infraestrutura e; a possibilidade de se permitir o acesso a esta infraestrutura.<sup>338</sup> Somente com a conjugação desses requisitos é que se pode considerar que uma instalação é *essential facility*.

Pegue-se o exemplo de um terminal de contêineres situado em posição geográfica que o coloca em situação de monopólio natural. Para a movimentação de cargas, os usuários só podem contar com os serviços oferecidos por aquele terminal. Uma maneira de se implementar a concorrência, é permitir que outra empresa, mediante remuneração ao detentor originário, utilize a infraestrutura do terminal e assim movimente as suas cargas ou a de terceiros.

A Comissão Europeia tem interessante decisão sobre os portos e as *essential facilities*. A *Stena Sealink Line* e a *Stena Sealink Ports* fazem parte do mesmo grupo econômico. A primeira explorava linhas de *ferryboat* entre Inglaterra, País de Gales e França. A segunda controlava o Porto de Holyhead, no País de Gales. Ao controlar um porto e ao explorar linha País de Gales – Inglaterra, a *Stena Sealink* gozava de posição dominante no mercado. Após longa negociação, outra empresa, a *Sea Containers. Ltda.* denunciou o grupo econômico à Comissão Europeia por não ter acesso razoável à infraestrutura portuária de Holyhead. A Comissão analisou o mercado relevante, identificando que o mercado geográfico consistia no corredor entre a Inglaterra e a Irlanda; já o mercado de serviços era o transporte marítimo de automóveis e passageiros por meio de *ferries*. O Porto de Holyhead era o único a permitir tal serviço, não podendo ser substituído pelo Porto de Liverpool, mais próximo, mas não substituível. Concluiu-se que a instalação portuária de Holyhead era uma *essential facility*. No entanto, a Comissão não aplicou nenhuma medida, pois a *Stena Sealink* acordou faixas de horários para a *Sea Containers* utilizar os berços do Porto de Holyhead.<sup>339</sup>

VILAR ROJAS identifica que as consequências dessa decisão foram importantes para a configuração do compartilhamento de infraestrutura. A mais marcante foi a indiferença com que a propriedade pública e a privada foram tratadas. Para o compartilhamento de infraestrutura pouco importa a titularidade do bem. Além disso, a decisão foi um marco importante porque naquela época não havia regulamentação ou norma na União Européia sobre o reconhecimento do direito de acesso às instalações portuárias.<sup>340</sup>

<sup>338</sup> Ampliar em: NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência**, p. 165/227; VILAR ROJAS, Francisco José. **Las instalaciones esenciales para la competencia**: um estudio de derecho publico econômico. Granada: Comares, 2004, p. 31/34.

<sup>339</sup> 94/19/CE Decisão da Comissão, de 21 de dezembro de 1993, relativa a um processo nos termos do artigo 86º do Tratado CE (IV/34.689 - Sea Containers contra Stena Sealink - Medidas provisórias) (IV/34.689 - Sea Containers contra Stena Sealink - Medidas provisórias). Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31994D0019:PT:NOT> Acesso em: 21 nov. 2009.

<sup>340</sup> VILAR ROJAS, Francisco José. **Las instalaciones esenciales para la competencia**, p. 53.

No Brasil não há qualquer norma da ANTAQ sobre o compartilhamento de infraestrutura portuária. Trata-se, no entanto, de algo a se pensar no setor, sobretudo para incrementar a concorrência.

Outra atitude do regulador é a “terminalização”, que consiste em dividir a estrutura do porto, fazendo com que cada uma tenha sua especialidade e seu próprio instrumento de outorga. No caso de Paranaguá, por exemplo, haveria uma divisão do porto em terminal de grãos, terminal de granéis líquidos, terminal de automóveis. Cada um seria outorgado separadamente, desaparecendo a figura do porto enquanto unidade. O modelo proposto pelo Banco Mundial vai além: afirma que em cada berço de atracação haveria um terminal.<sup>341</sup> É claro que isso passa pelo crivo da viabilidade econômica: de nada adiantaria ligar cada berço de atracação a um terminal e o movimento de cargas não resultar nos ganhos esperados.

Há quem defenda, contudo, a ineficiência da regulação para os casos situação de monopólio natural. POSNER argumenta que os custos da regulação são maiores que os benefícios vindos dela, de modo que é mais eficiente deixar que, nos casos do monopólio natural, que as forças econômicas ditem a conduta dos agentes.<sup>342</sup>

No caso do monopólio natural, a regulação visa a simular um mercado competitivo, ou seja, naquele em que há concorrência para o explorador de determinada atividade. Força-se que a empresa tenha a mesma atitude se agisse com concorrência.<sup>343</sup> Se isso for demasiadamente custoso, POSNER preza pela não-regulação.

### 3.2. Os atos de outorga como contratos incompletos

O investimento para a construção de um terminal portuário ou para a efetivação de um arrendamento é alto, de longa maturação. Em razão disso, os contratos firmados com a Administração Pública possuem prazos extensos de duração. Isso porque, tendo em vista a modicidade das tarifas, o investidor dificilmente conseguirá o retorno do capital investido em menos de cinco anos. Como mencionado anteriormente, os contratos de concessão possuem prazo de vinte e cinco anos, prorrogáveis por igual período. Em cinquenta anos, muitos acontecimentos podem ocorrer. Basta ver que há cinquenta anos eram raros os computadores, a moeda brasileira era outra e não se falava da China e da Índia como potências econômicas. Os atos de outorga não podem, portanto, continuar os mesmos.

<sup>341</sup> WORLD BANK. “Port regulation module”, p. 279.

<sup>342</sup> POSNER, Richard A. **Natural monopoly and its regulation**, p. 03.

<sup>343</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**, p. 263.

Nos contratos de concessão portuária, o art. 35 da Lei n. 10.233/02 estipula as cláusulas que lhe são inerentes, a saber, (i) a definição do objeto; (ii) o prazo de vigência da concessão e as condições de prorrogação; (iii) a forma, o modo e as condições de exploração da infraestrutura e a como será efetuada a prestação de serviço; (iv) os deveres relacionados com a exploração da infraestrutura e do serviço; (v) as obrigações dos concessionários quanto às participações governamentais e ao valor devido pela outorga; (vi) as garantias a ser prestadas pelo concessionário; (vii) as tarifas; (viii) os critérios para os reajustes e revisão de tarifas; (ix) receitas complementares; (x) direitos, garantias e obrigações dos usuários, da Agência e do concessionário; (xi) critérios para a reversibilidade de ativos; (xii) procedimento e responsabilidades relativos à declaração de utilidade pública; (xiii) procedimentos para acompanhamento e fiscalização das atividades concedidas e auditoria do contrato; (xiv) procedimentos para a transferência de titularidade do contrato; (xv) regras para a solução de controvérsias; (xvi) sanções; (xvii) hipóteses de rescisão, caducidade, anulação, extinção do contrato, intervenção ou encampação, e casos de declaração de inidoneidade.

Pode-se dizer que todas essas cláusulas contratuais podem ser modificadas ao longo de meio século de execução de contrato. Até mesmo o objeto pode ser objeto de modificação, dependendo do modo como o contrato foi redigido. O exemplo dado no item 2.5.1 sobre o Porto de Sepetiba encaixa-se nessa modificação de objeto. Assim, se até mesmo o objeto do contrato pode ser modificado, as outras cláusulas também sofrerão alterações.

Na outorga de autorizações isso fica mais evidente. O art. 47 da Lei n. 10.233/02 dispõe que *“a empresa autorizada não terá direito adquirido à permanência das condições vigentes quando da outorga da autorização ou do início das atividades, devendo observar as novas condições impostas por lei e pela regulamentação, que lhe fixará prazo suficiente para adaptação”*.

Diante disso, contata-se que a mutabilidade do ato de outorga é, paradoxalmente, a constante implícita nesses instrumentos. Todos os envolvidos na regulação portuária devem honrar a mutabilidade, pois é ela que confere a permanência dos contratos. Se a mutabilidade é uma constante, por óbvio não há como prever todas as cláusulas contratuais e todos os possíveis desdobramentos do contrato e os acontecimentos da natureza. É aqui que entra a teoria dos contratos incompletos.<sup>344</sup>

---

<sup>344</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. “Agências administrativas, contratos de serviços públicos e mutabilidade regulatória”. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 7, n. 25, jan./mar. 2009, p. 109.



Parte-se do pressuposto que “*os contratos são sempre incompletos, imperfeitos, passíveis de alteração pelos eventos e pelas intempéries da natureza*”.<sup>345</sup> Como mencionado anteriormente, há muitos custos em tentar abarcar a totalidade de situações possíveis do contrato. Além disso, a partir do momento em que se executa um contrato, pode-se perceber que existem vários obstáculos para a sua concretização. Dessa forma, é preciso internalizar que se trata de um negócio incompleto, o qual será preenchido conforme houver a demanda de situações.

É preciso que a relação do Poder Público com o outorgado seja de confiança. E é isso que simboliza o contrato: a confiança mútua existente entre os contratantes. Essa confiança não afasta a flexibilidade de modificações para melhorar o vínculo entre eles. Segundo MOREIRA:

Daí a regulação exigir a convivência aberta com o novo, a sensibilidade técnica quanto à necessidade de mutação jurídica, a rapidez nas soluções e a certeza de sua precariedade. A certeza da precariedade vista não como um dado negativo, mas sim na condição de premissa positiva – a de acolher com segurança o futuro que não pára de chegar.<sup>346</sup>

No entanto, se nos contratos privados um dos contratantes pode não desejar tal flexibilidade e quebrar o vínculo, nos contratos públicos isso ocorre de outra maneira. A questão é um pouco mais complicada. Isso porque, por força da licitação, a mutação contratual pode desviar-se do objetivo inicial contratado. O Poder Público vê-se, portanto, diante de um dilema: manter um contrato obsoleto ou ter que encarar a desconfiança em relação à lisura da relação concedente/concessionário? GÓMEZ-IBÁÑEZ diagnostica tal dilema:

Os governos geralmente optam por renegociar contratos incompletos, porque a perspectiva de viver com serviços inadequados que derivam de contratos antiquados parece muito dolorida. Mas o governo que renegocia coloca sua credibilidade com os cidadãos bem como com os investidores em risco, comprometendo o apoio popular para a infraestrutura privada.<sup>347</sup>

Diante de fato que demonstra ser aquele um contrato incompleto, o concedente depara-se com três alternativas: fazer cumprir, renegociar ou rescindir o contrato. Não se pode ignorar que qualquer uma delas possui custos. Se fizer cumprir o contrato, corre o risco de ter serviços prestados inadequadamente, seja porque o outorgado não possui mais condições financeiras de arcar com aquele serviço, seja porque o modo como o serviço é prestado é

<sup>345</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**, p. 117.

<sup>346</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. “Agências administrativas, contratos de serviços públicos e mutabilidade regulatória”, p. 112.

<sup>347</sup> GÓMEZ-IBÁÑEZ, José. **Regulating infrastructure**, p. 84.

obsoleto. Se rescindir o contrato, dependendo do fundamento utilizado, terá que indenizar o outorgado e, além disso, terá que abrir novo procedimento licitatório, o qual é deveras custoso. Se renegociar, terá que enfrentar as críticas da opinião pública e dos demais interessados no processo licitatório originário, bem como terá que se cercar de muitas garantias, a fim de não haver questionamentos perante o Tribunal de Contas da União ou investigações pelo Ministério Público Federal. Dependendo do entendimento do TCU, a renegociação poderá ser invalidada.<sup>348</sup>

O interessante é que uma vez admitido que os contratos são incompletos, a ideia do cumprimento forçado ou da rescisão não parecem interessantes, tendo em vista os seus custos para a sociedade e para o próprio poder público. Por outro lado, admitir que um contrato é incompleto é acreditar em:

(...) seu desenho como veículo de aprendizagem entre as partes – tanto aprendizagem mútua como a aprendizagem que se reporta aos termos acordados e respectivas consequências jurídicas, aumentando a competência das partes, consentido até que, nalgumas relações massificadas e profissionais, as partes assumam um papel quase-judicial, ou automatizem eficientemente formas de reacção contra atitudes oportunistas, gerando uma margem de auto-disciplina e abrindo caminho às soluções ‘relacionais’ sem perda de jurisdição dos vínculos.<sup>349</sup>

Essa função pedagógica do contrato não pode ser ignorada na Administração quando outorga a prestação de um serviço público portuário, em qualquer das modalidades acima mencionadas (autorização e concessão). Ela faz com que a incompletude de um contrato anterior seja amenizada nos contratos posteriores.

Além disso, perde-se aquela noção de que toda pessoa que quebra um contrato viola um dever moral. A quebra de contratos pode não ser imoral. Quando as perdas equiparam-se aos lucros, a quebra pode ser considerada, pois os contratos não tiveram a performance desejada.<sup>350</sup> No entanto, com a proibição da exceção do contrato não-cumprido, essa atitude não é permitida ao outorgado, de modo que a solução é discutir os contratos em outras esferas, como a arbitragem ou o Judiciário.

A teoria dos contratos incompletos joga a solução dessas lacunas, caso não haja um consenso entre as partes, para um terceiro, que geralmente é um árbitro ou um juiz.

<sup>348</sup> GÓMEZ-IBÁÑEZ, José. **Regulating infrastructure**, p. 107.

<sup>349</sup> ARAUJO, Fernando. **Teoria económica dos contratos**, p. 187.

<sup>350</sup> SHAVELL, Steven. “Why breach of contract may be not immoral given the incompleteness of contracts”. **Harvard Law and Economics Discussion Paper**, n. 631, mar. 2009, p. 10. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1372170> Acesso em: 20 de out. 2009.

Praticamente todos os atos de outorga portuária possuem uma cláusula de eleição de foro. Isso porque, pelos contratos incompletos, é mais eficiente deixar para os tribunais, no caso de dissenso entre as partes sobre determinada cláusula, decidir sobre o rumo a ser tomado.

No entanto, é preciso dizer que eficiência no preenchimento da lacuna só será atingida com tribunais fortes, juízes preparados e tramitação célere. A concepção do contrato incompleto demanda Judiciário forte, pois ele passa a ditar as regras obscuras do contrato. No entanto, quando o Judiciário não age desta maneira, os custos para se implementar o contrato são altos. Constata-se, na maioria das vezes, Judiciário e mercado atuam diacronicamente.

Por fim, é interessante a comparação entre os contratos privados, realizados pelos autorizatários e usuários, e as concessões. Como mencionado acima,<sup>351</sup> estas tendem a ser mais incompletas, gerando mais dúvidas e demandas. Segundo GÓMEZ-IBÁÑEZ, os contratos privados são superiores à regulação e às concessões porque as tarifas e os serviços são configurados de maneira mais próxima das necessidades das empresa e de seus consumidores.<sup>352</sup> Contratos privados são, portanto, mais completos que os contratos de concessão. A questão consiste, no entanto, em comparar os custos de transação para formular tais contratos. Se a negociação é feita rotineiramente, será que os custos para efetivá-la compensam essa maior completude dos contratos? Isso é uma questão a ser avaliada no caso concreto. No entanto, o que importa para o presente trabalho é não ignorar o papel que as contratações privadas, entre terminais privativos e terceiros, efetuam no setor portuário e em sua regulação.

Conclui-se, portanto, que na outorga do serviço portuário não se pode ignorar que os contratos são de longa duração, mutáveis e incompletos. Renegociar um contrato pode ter custos de transação consideráveis, no entanto, fortalece-se o vínculo entre os envolvidos, além de servir de recurso pedagógico. Ao lado desses contratos de concessão ou autorização, há os firmados entre o autorizatário e o usuário, os quais também configuram uma forma de controle sob a atividade e são mais completos que os contratos de longa duração.

### **3.3. Movimentação de carga pelos terminais privados sob a ótica da eficiência**

Foi mencionado no capítulo 2 que uma das disputas mais acirradas na arquitetura do setor portuário brasileiro é a movimentação de cargas de terceiros pelos terminais privados. A Lei n. 8.630/93 não traz em seu bojo nenhuma restrição à essa movimentação,

---

<sup>351</sup> Item 3.1.2.

<sup>352</sup> GÓMEZ-IBÁÑEZ, José. *Regulating infrastructure*, p. 214.

não havendo qualquer quantidade mínima. As restrições existem por conta do Decreto n. 6.620/08, o qual estabeleceu que os terminais privativos de uso misto devem movimentar primordialmente cargas próprias, de modo que as cargas de terceiros devem ser movimentadas em caráter subsidiário e eventual.

O estudo que ora se propõe serve tanto para um estudo normativo, ou seja, como se atingir determinada finalidade no setor portuário, quanto para a perspectiva positiva, isto é, diante de uma movimentação de cargas de terceiro, o que deve ser feito.

Em ambas as hipóteses – normativa e positiva – é preciso ter em mente que mesmo com as inovações tecnológicas, compartilhamento de infraestrutura e a concorrência, instalar um terminal portuário demanda um elevado custo. Daí porque nem todos os exportadores podem construir instalações próprias.

Por outro lado, não é demais lembrar que nem sempre essas instalações trabalham em potência máxima. É bem provável, por exemplo, que em uma quebra de safra de soja, um terminal graneleiro esteja ocioso. No entanto, caso esse terminal seja privado, ele não poderá ser aproveitado para embarcar milho de terceiros, a teor da nova regulamentação, pois não há movimentação de carga própria. As instalações portuárias não são flexíveis, ou seja, não aumentam ou diminuem de tamanho conforme a demanda.

Com o Decreto n. 6.620/08 deu-se um passo atrás em relação à reformulação do setor, perdendo grande oportunidade de instalar a concorrência franca entre os concessionários e os autorizatários.

### 3.3.1 Uma questão adjacente: a questão da concorrência desleal entre terminais portuários por força do OGMO

O fato de haver regimes diferentes de outorga faz com que haja diferenças na prestação do serviço. O concessionário, por exemplo, só pode utilizar trabalhadores indicados pelo OGMO,<sup>353</sup> ao passo que o autorizatário pode contratar quem ele quiser. Além disso, o autorizatário que possui instalações fora da Área do Porto Organizado não se submete ao Conselho de Autoridade Portuária e seus contratos são regidos pelo Direito Privado.

---

<sup>353</sup> OGMO significa Órgão Gestor de Mão de Obra e está previsto pelo art. 18 da Lei 8.630/93. Sua principal característica é “a exclusividade que dispõem no fornecimento e administração de mão-de-obra do trabalho portuário, salvo disposição em contrário pactuada em contrato, acordo ou convenção coletivo de trabalho, cabendo aos operadores portuários a iniciativa da instituição desses órgãos, um em cada porto organizado, sendo que, enquanto não constituídos, suas competências devem ser exercidas pela respectiva Administração do Porto”. SOUZA JUNIOR. Surinam Nogueira. **Regulação portuária...**, p. 166.

Um estudo do Ministério dos Transportes demonstra que logo após a reforma do setor, um terminal do Porto de Santos (COSIPA) ficou de fora da Área do Porto Organizado e assumiu o *status* de terminal privado. Enquanto operava com trabalhadores avulsos, a movimentação custava R\$ 3,00 por tonelada. Quando passou a utilizar trabalhadores próprios, esse valor caiu para R\$ 0,30.<sup>354</sup>

E isso ocorre não apenas porque os trabalhadores avulsos são mais bem remunerados. Há uma tabela, prefixada, que determina quantos trabalhadores serão necessários para movimentar a carga de um navio. Não há, portanto, qualquer incentivo para uma racionalização do emprego de mão-de-obra na Área do Porto Organizado.<sup>355</sup>

Tal diferença consubstanciaria concorrência desleal entre os terminais públicos e os terminais privados. Essa é a visão de Marçal JUSTEN FILHO e Clèmerson MERLIN CLÈVE.<sup>356</sup> Daí o motivo pelo qual há a necessidade de uma regulação assimétrica entre tais modos de prestação da atividade portuária. CLÈVE afirma que:

(...) na medida em que a ANTAQ estabeleceu regulação assimétrica nos termos acima, para impedir o desvirtuamento da razão de ser da autorização do terminal privativo misto (movimentação de carga própria e, excepcionalmente, a carga de terceiro como mero complemento para otimizar capacidade ociosa) e, assim, desequilíbrio considerável do sistema portuário, a agência está, em última análise, efetivando os princípios e diretrizes estabelecidos na Lei que a criou (Lei n. 10.233/2001).<sup>357</sup>

No entanto, não há na Lei n. 8.630/93, tampouco na Lei n. 10.233/01 qualquer dispositivo que proíba a movimentação de cargas de terceiros nos terminais privativos de uso misto. Invocar essas leis não justifica, portanto, a adoção de uma regulação assimétrica. Pelo contrário, analisado se o espírito com que a Lei n. 8.630 foi editada se constatará que o que se buscava, com a reestruturação portuária, era justamente a concorrência entre os terminais.

A grande diferença de preço praticada existe por conta o preço da mão-de-obra. Percebe-se, contudo, que o problema não está no ato de outorga, mas no modo ineficiente com que são entabuladas as relações de trabalho dentro da Área do Porto Organizado.

<sup>354</sup> GEIPOINT. **A reforma portuária brasileira**. Brasília: Ministério dos Transportes, 2001, p. 54.

<sup>355</sup> Gesner Oliveira e César Mattos dão uma interessante sugestão para a racionalidade do serviço portuário: “*Sendo os portuários avulsos – em última análise, mão-de-obra terceirizada para trabalho sem uma base regular –, caberia indagar porque a concorrência da mão-de-obra não poderia se dar individualmente ou por cooperativas. Nesse espírito, não faria sentido registro de mão-de-obra a não ser aquele feito para fins de prover informação ao usuário sobre a qualificação e o treinamento do portuário individual e sem qualquer tipo de restrição à entrada.* OLIVEIRA, Gesner; MATTOS, César. “Defesa da concorrência nos portos”. **Revista de Administração de Empresas**. São Paulo, v. 38, n. 3, jul./set. 2008, p.69/70.

<sup>356</sup> CLÈVE, Clemerson Merlin. “Preceitos constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, serviço público portuário e autorização para exploração de atividade portuária por meio de terminais privativos de uso misto” **Interesse Público**, v. 51, 2008, p. 135; JUSTEN FILHO, Marçal. “O regime jurídico...”, p. 105.

<sup>357</sup> CLÈVE, Clemerson Merlin. “Preceitos constitucionais...”, p. 136

Como mencionado, a estratégia encontrada pela ANTAQ foi a de limitar a movimentação de cargas de terceiros a fim de preservar a paridade de armas entre os terminais públicos e privados. Dentro das possibilidades que o regulador tem de agir, a limitação de movimentação de carga de terceiros é uma possibilidade, uma alternativa, ainda que imperfeita. No entanto, existem outros modos de regular e atingir a eficiência no setor.

### 3.3.2. O Decreto n. 6.620/08 e o poder normativo

O Decreto n. 6.620/08 é de autoria da Presidência da República, a qual utilizou de sua competência para “*sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução*” (art. 84, IV, da Constituição). Veja-se que essa expedição de um Decreto pelo governo federal é mais um indicativo – ao lado da fixação de tarifas – de que a ANTAQ não exerce um poder regulador forte. Ao que tudo indica, é o Poder Executivo quem dita as normas estruturais do setor portuário brasileiro.

Pois bem, dentro das limitações ao poder regulamentar, cabe verificar que o decreto poderia ter imposto tal limitação. Para tanto, é preciso identificar os princípios que regem a expedição de decretos e regulamentos. São eles: (i) não contrariar a lei; (ii) não criar direitos, obrigações e deveres às pessoas privadas sem apoio legal; (iii) não criar sanções, tampouco tributos; (iv) não exigir autorização para exercício de atividade privada sem amparo legal ; (v) não retroagir; (vi) estar fundamentado.<sup>358</sup>

Carece, portanto, cotejar as Leis n. 8.630/93 e 10.233/02 com o Decreto n. 2.260/08 a fim de verificar se o regulamento atende aos princípios acima expostos.

O art. 4º, §2º, da Lei n. 8.630/93 dispõe que:

§2º A exploração da instalação portuária de que trata este artigo far-se-á sob uma das seguintes modalidades:

I - uso público;

II - uso privativo:

a) exclusivo, para movimentação de carga própria;

b) misto, para movimentação de carga própria e de terceiros.

Já a Lei n. 10.233/01 não traz qualquer indicação sobre os terminais privados, além da exigência de autorização.

O artigo 35 do Decreto n. 2.260/08 assim dispõe:

<sup>358</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. “Os limites à competência normativa das agências reguladoras”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 187/189.

Art. 35. As instalações portuárias de uso privativo destinam-se à realização das seguintes atividades portuárias:

- I - movimentação de carga própria, em terminal portuário de uso exclusivo;
- II - movimentação preponderante de carga própria e, em caráter subsidiário e eventual, de terceiros, em terminal portuário de uso misto; e
- III - movimentação de passageiros, em instalação portuária de turismo.

Percebe-se, portanto, que o inciso II do art. 35 do Decreto n. 2.260/08 agregou um novo elemento aos terminais portuários de uso misto: a movimentação preponderante de carga própria. Essa exigência, além de criar uma exigência sem fundamento legal, limitou o exercício de uma atividade econômica, a qual só pode ser limitada por lei, nos termos do art. 170, parágrafo único, da Constituição. A Lei n. 8.630/93 traz que os terminais privativos de uso misto devem movimentar cargas próprias e de terceiros, sem estipular quantidades.

Dessa forma, com todo respeito às opiniões em contrário, não há fundamento legal para a exigência de movimentação de cargas de terceiro de modo subsidiário. O Presidente da República, ao regulamentar a questão, extrapolou os limites permitidos ao decreto. O mesmo raciocínio vale para a Resolução n. 517 da ANTAQ, a qual estipulava as quantidades mínimas de movimentação. O poder normativo das agências reguladoras segue idênticos parâmetros que balizam poder regulamentar do Presidente da República. Estipular a quantidade de movimentação de cargas pelos terminais privativos deve ser tarefa do legislador, pois a Lei n. 8.630/93 não traz nenhuma restrição.

### 3.3.3 A questão da eficiência

Pois bem. A partir do momento em que não há proibição legal para a movimentação de cargas de terceiros pelos terminais privativos de uso misto, é preciso verificar como resolver o problema da concorrência desleal.

A primeira possibilidade seria rever o sistema de gerenciamento de mão-de-obra pelo OGMO. No entanto, rever essa estrutura, em um ambiente que é sindicalizado de maneira forte, como são os portos, não seria saudável para a eficiência do setor em curto prazo. Greves, protestos e insatisfação tomariam conta dos avulsos. A experiência mostra que qualquer modificação na sistemática de controle do OGMO gera reação exacerbada por conta dos portuários.

Gesner de OLIVEIRA e César MATTOS oferecem algumas alternativas a longo prazo para superar a ineficiência do OGMO. A principal é fortalecer a entidade, fazendo com que

ela funcione como redutora do custo de transação da contratação de mão-de-obra. Isso porque quanto menor a necessidade de tratativas sobre valores de serviço, menores os custo de transação. Dessa forma, se o OGMO se conscientizasse dessa função, haveria a redução dos valores pagos aos trabalhadores avulsos.

Além disso, prezam pelo aumento das exceções de obrigatoriedade contratação pelo OGMO. Se isso já acontece com os terminais privados, conforme autorização do art. 56 da Lei n. 8.630/93, pode haver com outros terminais, sobretudo aqueles que trabalham com carga altamente especializada, como os terminais públicos de inflamáveis.<sup>359</sup>

A revisão da contratação pelo OGMO, além de promover a eficiência geral do setor, servirá para igualar as condições existentes entre os terminais situados dentro e fora da Área do Porto Organizado.

No entanto, não se pode esquecer que o setor é regulado e, portanto, o regulador pode lançar mão de algumas estratégias regulatórias para promover a competitividade sem prejudicar a livre concorrência.

Foi mencionado acima que a ANTAQ possui estratégias de regulação diferentes para os concessionários e os autorizatários. Em relação aos concessionários, controla preponderantemente a tarifa e a qualidade do serviço, ao passo que no que toca aos autorizatários controla apenas as condições como os serviços são prestados. É justamente no controle das tarifas que a ANTAQ pode promover a livre concorrência entre terminais públicos e privados.

Isso porque a revisão das tarifas, muito embora siga as instruções do Ministério da Fazenda, passa pela apresentação de tabelas de custo à ANTAQ, as quais são elaboradas pelas autoridade portuárias. Apesar de o pagamento de mão-de-obra avulsa não entrar nessa conta, pois é paga diretamente pelo armador ao OGMO, é preciso reduzir os outros custos a fim de ter uma tarifa competitiva com os terminais privados, o que pode amortizar a diferença do pagamento dos avulsos.

A ANTAQ não pode deixar de velar pela eficiência no controle das tarifas, devendo usar seu poder regulador para investigar a diferença entre tarifas portuárias. Não é justificável, por exemplo, que o desdobramento de uma fatura custe R\$ 60,66 no Porto de Paranaguá e R\$ 8,54 no Porto de Rio Grande, ou que a movimentação de carga geral custe R\$ 2,15 por

---

<sup>359</sup> OLIVEIRA, Gesner; MATTOS, César. “Defesa da concorrência nos portos”, p. 72.



tonelada no porto paranaense e R\$ 1,41 no porto gaúcho.<sup>360</sup> A ANTAQ, antes de aprovar tais tarifas, deve conhecer quais os motivos que levam a tal diferença de valores.

É preciso, pois, rever o modo como são elaboradas as tarifas para que a eficiência seja considerada na sua formulação. A ANTAQ possui dados relativos ao desempenho portuário e deveria utilizá-los na aprovação das tarifas. Utilizar o fator X parece ser, portanto, uma forma de atenuar a diferença de preços existentes entre autorizatários e concessionários. Desconsiderar a eficiência como forma de controle das tarifas portuárias na regulação dos monopólios naturais significa perder um grande instrumental para o desenvolvimento do país e redução de custos para a população.

A ANTAQ não pode deixar de velar por suas funções de regulador, pois só assim conseguirá promover a eficiência em um setor tão fundamental para o desenvolvimento do país. É preciso verificar onde estão os problemas estruturais nos terminais públicos que impedem a competição livre com os terminais privados. É preciso agir, tendo sempre em mente que qualquer estratégia regulatória será imperfeita, pois vivemos em um mundo imperfeito.

---

<sup>360</sup> Comparação feita a partir de tabelas existentes no site da ANTAQ. Disponíveis em <http://www.antaq.gov.br/Portal/Tarifas/Documentacao/Pdf/TarifasPortuariasRioGrande.pdf> e em <http://www.antaq.gov.br/Portal/Tarifas/Documentacao/Pdf/TarifasPortuariasParanagua.pdf>. Acesso 06 nov. 2009.

## CONCLUSÃO

No presente trabalho procurou-se dar um panorama geral do que é a Análise Econômica do Direito, com a possibilidade de sua aplicação no ordenamento brasileiro. Além disso, analisou-se o setor portuário, com todas as suas especificidades para, em seguida, analisar alguns problemas do setor que podem ser resolvidos com a AED.

A epígrafe deste estudo traz um diálogo de Monteiro Lobato no qual um dos personagens diz a outro que “*tudo é transporte*”. Exageros à parte, pode-se dizer que o desenvolvimento de um país passa necessariamente pelos transportes e que as imperfeições no setor gerarão efeitos na economia e na vida dos cidadãos. Essas imperfeições sempre existirão, no entanto, existem maneiras - também imperfeitas - de atenuá-las.

Dentro da perspectiva de que a AED é imprescindível para o jurista na resolução de problemas envolvendo a regulação portuária, pode-se concluir que:

- 1) Não se pode ignorar que a eficiência e o bem-estar auxiliem na tomada de decisões legais e jurídicas, de modo que o justo pode aliar-se ao eficiente.
- 2) Não há empecilhos para a aplicação da AED aos países da *civil law*, devendo ser realizada uma análise da eficiência caso a caso, procurando, quando possível, aplicá-la nas decisões judiciais.
- 3) A alocação de recursos é algo próprio do direito, como a atribuição dos direitos de propriedade, o qual deve procurar soluções para resolver os problemas decorrentes de falhas dessa alocação. Por isso, o Direito pode fornecer respostas que contribuam com a eficiência perseguida pelo sistema.
- 4) É possível aplicar o princípio da eficiência no Direito seguindo seu conceito econômico: produzir o máximo com o menor custo possível.
- 5) Os mercados não necessariamente trabalham com valores como a moral e a justiça, razão pela qual o direito pode diminuir a liberdade com que os agentes atuam a fim de adequá-los aos anseios sociais.
- 6) A assimetria de informação, com os seus efeitos – seleção adversa e risco moral -, é uma falha de mercado e deve ser minimizada pelo Estado, pois anulá-la é uma tarefa impossível.
- 7) Cabe ao Estado, por meio de suas estruturas de controle de concorrência, primar para que os efeitos das situações de monopólio sejam minimizadas.

8) A ideia de um contrato completo, que preveja todas as hipóteses de desdobramento possíveis e que não deixe lacunas é um conceito ideal, dificilmente alcançado, daí pela qual ganha destaque a teoria dos contratos incompletos.

9) A Lei n. 8.630/93 inaugurou uma nova fase da regulação dos portos brasileiros, pois o Estado deixou de participar diretamente da infraestrutura, passando a agir como regulador.

10) A atividade portuária possui características especiais, as quais fazem com que haja necessidade de regulação setorial especializada. Em virtude do alto investimento que demanda o setor portuário, a eficiência deve permear a sua regulação.

11) Com o novo serviço público, pouco importa o regime incidente a ele, pois basta ser mantida a sua essencialidade e as obrigações de universalização.

12) A atividade portuária não é necessariamente serviço público, tampouco atividade privada. Apenas no caso concreto que tal característica será avaliada pelo operador jurídico.

13) O arrendamento destina-se ao uso do espaço público, não servindo como instrumento de outorga de serviço público.

14) A autorização portuária é vinculada, gera deveres próprios dos serviços públicos e obrigações recíprocas entre outorgante e outorgado. Pode configurar, portanto, forma de o particular participar na persecução do interesse público.

15) A atividade portuária possui vários regimes de prestação. No caso das autorizações, há incidência do direito privado administrativo.

16) Nos terminais privativos mistos, o controle da carga movimentada deveria ocorrer no momento da outorga da autorização, a despeito do determinado pela lei.

17) Os regulados estão em uma posição jurídica especial em relação à Administração, de modo que para haver a punição não há necessidade de criação de tipos e previsão estrita de sanções. Isso passa a ser veiculado por meio de atos infralegais.

18) No Brasil, a autoridade portuária é bipartida entre Conselho de Autoridade Portuária e Administração Portuária, os quais exprimem atos complexos.

19) Não se pode dizer que os portos são sempre monopólios naturais. Para tanto é preciso verificar constantemente qual o mercado que está sendo analisado, de modo que esse estudo é dinâmico.

20) O regulador, em situação de monopólio natural, pode utilizar várias estratégias regulatórias para atingir a eficiência. Uma delas é a regulação pela tarifa, a qual pode agregar elementos de persecução de qualidade.

21) A estratégia utilizada pelo regulador brasileiro, o qual não possui autonomia adequada para efetuar uma regulação forte, é a taxa de retorno, que não inclui a qualidade na prestação do serviço como variável para configuração da equação.

22) Dentro das possibilidades que o regulador tem de agir, a limitação de movimentação de carga de terceiros é uma possibilidade, uma alternativa, ainda que imperfeita. No entanto, existem outros modos de regular e atingir a eficiência no setor

23) O controle do regulador nas situações de concorrência visa à qualidade do serviço prestado, havendo apenas a supervisão dos preços praticados.

24) Os atos de outorga do serviço portuário são contratos incompletos e sujeitam-se à mutabilidade.

25) O Decreto n. 6.620/08 deu um passo atrás em relação à reformulação do setor, perdendo grande oportunidade de instalar a concorrência franca entre os concessionários e os autorizatários.

26) Para promover a eficiência, é preciso dar mais força à ANTAQ, a qual deve regular o setor portuário cuidando das tarifas e da qualidade do serviço. Além disso, seria preciso rever a atuação do OGMO. A ANTAQ não pode deixar de velar por suas funções de regulador, pois só assim conseguirá promover a eficiência em um setor tão fundamental para o desenvolvimento do país. É preciso verificar onde estão os problemas estruturais nos terminais públicos que impedem a competição livre com os terminais privados. É preciso agir, tendo sempre em mente que qualquer estratégia regulatória será imperfeita, pois vivemos em um mundo imperfeito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVAY, Ricardo. “Eficiência e equidade podem sim andar juntas. **Valor econômico**, 04 set. 2008.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS TERMINAIS DE CONTEINERES DE USO PÚBLICO. **Regulação portuária e concorrência**: pareceres jurídicos e econômicos. Relativos à ADPF n. 139. Rio de Janeiro: ABRATEC.

ADLER, Matthew; POSNER, Eric. **New foundations of cost-benefit analysis**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

ADLER, Matthew; POSNER, Eric. “Rethinking cost-benefit analysis”. **Yale Law Journal**, v. 109, p. 11/33, 1999.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. **Acompanhamento permanente dos preços e do desempenho operacional dos serviços portuários**. Brasília: ANTAQ, 2008.

AKERLOF, George. “The Market for 'Lemons': quality, uncertainty and market mechanism”. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 84, n. 3, , p. 488–500, aug. 1970.

ANATEL. **Agência aprova consulta para cálculo do fator X com otimização de custos**, disponível em <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalNoticias.do?acao=carregaNoticia&codigo=15944>. Acesso: 28 out. 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. “As concessões e autorizações petrolíferas e o poder normativo da ANP”. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, p. 243-272, abr./jun. 2002.

\_\_\_\_\_. “Atividades privadas regulamentadas: autorização administrativa, poder de polícia e regulação”. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 9-48, abr./jun. 2005.

ARAÚJO, Fernando. **Análise económica do direito**: programa e guia de estudo. Coimbra: Almedina, 2008.

\_\_\_\_\_. **Introdução à economia**. Coimbra: Almedina, 2002.

\_\_\_\_\_. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “El régimen de prestación de servicios en los puertos de interés general”. Em: \_\_\_\_ *et all*. **La nueva legislación portuaria**. Barcelona: Atelier, 2004, p. 21-44.

\_\_\_\_\_. **La regulación económica**: teoría y práctica de la regulación para la competencia. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996.

\_\_\_\_\_. **Principios de derecho público económico**: modelo de Estado, gestão pública, regulación económica. Granada: Comares, 2004.

ÁVILA, Humberto Bergmann. “Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. Em: SARLET, I. W. (org). **O direito público em tempos de crise**: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 99 – 127.

\_\_\_\_\_. “Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa”. **Revista brasileira de direito público**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1 p. 103 –133, abr./jun 2003, p. 105 – 133

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. **Banco aprova US\$ 144 milhões para terminal portuário de contêineres em Santa Catarina, Brasil**. Disponível em <http://www.iadb.org/NEWS/detail.cfm?language=PO&id=4150>, acesso em 08 de jan. de 2008.

BARBOSA, Daniel Marchionatti. “Delineamentos constitucionais da autorização para execução dos serviços do art. 21, incisos XI e XII, da Constituição”. **Revista da AJUFERGS**, Porto Alegre, n. 4, p. 29 – 46.

BARROS, Guilherme. “Mercado aberto: pesquisa dá nota 8,9 para telefonia móvel em SP”. **Folha de São Paulo**. Dinheiro. 3 jan. 2008, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0301200901.htm> Acesso em 06 jan. 2008.

BECKER, Gary S. “Public policies, pressure groups and dead weight costs”. STIGLER, George J (ed.). **Chicago studies in political economy**. Chicago: University of Chicago Press, 1988, p. 85-105.

BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. **Controle das concessões de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BORGES, Alice Maria Gonzalez. “Contratos de arrendamento de áreas portuárias. Cessão. Prorrogação antecipada. Exame da matéria à luz da Lei nº 8.630/93, e demais disposições legais pertinentes. Providências que se recomendam”. Em: \_\_\_\_\_. **Temas de direito administrativo atual**: estudos e pareceres. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 345-360.

\_\_\_\_\_. “Contratos de arrendamento. Áreas de instalações portuárias. Regime jurídico. Problemas decorrentes da superveniência da nova legislação de modernização portuária e soluções para sua aplicação”. Em: \_\_\_\_\_. **Temas de direito administrativo atual**: estudos e pareceres. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 319-343.

CALABRESI, Guido. **A common law for the age of statutes**. Union, New Jersey: Lawbook exchange, 1999.

CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 48.

CANOTILHO, J. J. Gomes. O Estado garantidor. Em: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O direito e o futuro – o futuro do direito**. Lisboa:

Almedina, 200, p. 571-576.

CASSAGNE, Juan Carlos. “Las técnicas de habilitación en el marco de una nueva concepción sobre el servicio público: concesión, licencia, autorización y permiso”. Em: ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **La regulación económica: teoría y práctica de la regulación para la competencia**. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1996.

CLÈVE, Clemerson Merlin. “Preceitos constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, serviço público portuário e autorização para exploração de atividade portuária por meio de terminais privativos de uso misto” **Interesse Público**, v. 51, p. 111-145, 2008.

COASE, Ronald. “El problema del costo social”. IN: ROEMER, Andrés (comp.) **Derecho y economía: una revisión de la literatura**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

\_\_\_\_\_. “O problema do custo social”. Trad. Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 7, v. 26, p. 135-191, abr./jun. 2009.

COELHO, André Felipe Canuto. “Assimetria informacional e colapso regulatório: o caso Anatel”. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 5, n. 17, p. 09-40, jan./mar. 2007.

COLLYER, Wesley. **Lei de portos: o Conselho de Autoridade Portuária e a busca da eficiência**. São Paulo: Aduaneiras, 2008.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & economics**. 5. Ed. Boston: Pearson Education, 2007.

CUELLAR, Leila. **As agências reguladoras e o seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. **A Fazenda Pública em Juízo**. 4 ed. São Paulo: Dialética, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DOCTOR, Mahrukh. “Business and delays in port reform in Brazil”. **Brazilian Journal of Political Economy**, v. 22, n. 86, p. 79/101, abr./jun. 2002.

DUBNER, Stephen J.; LEVITT, Steven. **Freaknomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta**. 7 ed. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005;

DWORKIN, Ronald. “Philosophy & Monica Lewinski”. **The New York Review of Books**, New York, v. 47, n. 4, mar. 2000.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARACO, Alexandre Ditzel; MUNIZ, Fernando. “Análise econômica do direito e possibilidades aplicativas no Brasil”. **Revista de direito público da economia**, Belo Horizonte, ano 3, n. 9, jan./mar. 2005.

FARBER, Daniel A. “What (if anything) can economics say about equity?” **Michigan Law Review**, v. 101, n. 6, mai. 2003, pp. 1791-1823.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. “Agências reguladoras: delegação de poderes e constitucionalidade”. Em: \_\_\_\_\_. **Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado e direitos humanos e outros temas**. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 481-499.

\_\_\_\_\_. “As origens do Estado contemporâneo ou o Leviathan gestor da economia”. Em: \_\_\_\_\_. **Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado e direitos humanos e outros temas**. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 413-429.

FERREIRA, Vera Rita de Mello. **Psicologia econômica: estudo do comportamento econômico e da tomada de decisão**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. “Análise econômica do direito: paranóia ou mistificação” Em: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. **Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar: 2006, p. 427/428

FRIEDMAN, David. **Law’s order: what economics has to do with law and why it matters**. Princeton: Princeton University Press, 2000.

GEIPOINT. **A reforma portuária brasileira**. Brasília: Ministério dos Transportes, 2001.

GHIRARDI, André Garcez. “Estratégias de regulação e qualidade dos serviços públicos”. **Revista Econômica do Nordeste**, v. 31, n. especial, p. 920-932, nov. 2000.

GIANNINI, Massimo Severo. **Il pubblico potere: statí e amministrazioni pubbliche**. Bologna: Mulino, 1986, p. 118.

GOLDBERG, Daniel K. “Controle de políticas públicas pelo Judiciário: welfarismo em um mundo imperfeito”. SALGADO, Lucia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da. **Regulação e Concorrência no Brasil: Governança, Incentivos e Eficiência**. Brasília, IPEA, 2007, p. 43-81.

GOLDBERG, Daniel. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Singular, 2006.

GÓMEZ-IBÁÑEZ, José. **Regulating infrastructure: monopoly, contracts and discretion**.



Cambridge: Harvard University Press, 2003.

GONÇALVES, Pedro. “Direito administrativo da regulação”. Em: **Regulação, eletricidade e telecomunicações: estudos de direito administrativo da regulação**. Coimbra: Coimbra editora, 2007, p. 07/67.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. “Teoria dos serviços públicos e a sua transformação”. Em: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) **Direito administrativo econômico**. 1 ed., 3 tir. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 37/71.

HARTFORD, Tim. **The logic of life: the rational economics of an irrational world**. Nova York: Random House, 2008.

IRTI, Natalino. **L’ordine giuridico del mercato**. Roma: Laterza, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos**. 9 ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 413/417.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

\_\_\_\_\_. “O regime jurídico dos operadores de terminais portuário no Direito brasileiro”. **Revista de direito público da economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, out./dez. 2006, p. 77-124.

JUSTEN, Mônica Spezia. **A noção de serviço público no direito europeu**. São Paulo: Dialética, 2003.

KAHN, Alfred E. “Introduction: a postscript, seventeen years after”. Em: \_\_\_\_\_. **The economics of regulation: principles and institutions**. Cambridge: MIT Press, 1988, p.xv-xxxvii.

\_\_\_\_\_. “Introduction: the rationale of regulation and the proper role of economics”. Em: \_\_\_\_\_. **The economics of regulation: principles and institutions**. Cambridge: MIT Press, 1988, p. 1-19.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. “Fairness versus Welfare: notes on Pareto principle, preferences and distributive justice”. **John M. Olin Center for Law, Economics and Business**. Discussion paper n. 441, p. 04. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=391060&rec=1&srcabs=202108](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=391060&rec=1&srcabs=202108) Acesso

em: 02 mai. 2008.

\_\_\_\_\_. “Principles of fairness versus human welfare”. **Harvard Law School Law-Econ discussion papers**, n. 227, mar. 2000, p. 14/15. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=224946>, Acesso em: 02 mai. 2008;

KOMESAR, Neil K. **Imperfect alternatives**: choosing institutions in law, economics, and public policy. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

KORNHAUSER, Lewis A. “El nuevo análisis económico del derecho”. Em: ROEMER, Andrés (comp.). **Derecho y economía**: una revisión de la literatura. México, DF: Centro de estudios de gobernabilidad y políticas públicas, 2000, p. 19-44.

KUBRUSLY, Claudia Tosin. “Modificações subjetivas nos contratos de concessão (comentários a acórdão do STJ)”. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 227-250, abr./jun. 2004.

LEITER, Brian. **In praise of realism (and against non-sense jurisprudence)** Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1113461](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1113461). Acesso: 02 mai. 2009.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. “Os terminais portuários privativos na Lei n. 8.630/93”. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, volume 220, abr./jun. 2000.

LOPES, José Reinaldo Lima. “Raciocínio jurídico e economia”. **Revista de direito público da economia RDPE**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 137 -170, out./dez. 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. The traditional dialogue between law & economics, **Revista Direito GV**, São Paulo, v. especi, n. novembro, p. 171-193, 2005.

MAGENTA, Matheus. “SABESP admite cobrança individual de consumo de água em condomínios de SP”. **Folha online**, 16/12/2008, <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u480261.shtml> Acesso em 25 ago 2009.

MAJONE, Giandomenico. “A rise of the regulatory state in Europe”. Em: BALDWIN, Robert; SCOTT, Colin; HOOD, Chistopher. **A reader on regulation**. Oxford: Oxfprd University Press, 1998, p. 192-214.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Trad. Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

MANSO, Ursula Alonso. “Muito debate. Nenhuma solução”. **Exame**, São Paulo, ano 42. n. 15, ed. 924, 13 de agosto de 2008, p. 32-36.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. “A nova regulação estatal e as agências independentes”. SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Direito administrativo econômico**. 1. ed., 3. tir.. São Paulo: Malheiros, 2006, p.72 –98.

\_\_\_\_\_. “A nova regulação dos serviços públicos”. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, abr./jun. 2002, p. 13-29.

\_\_\_\_\_. **Bens públicos:** função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

\_\_\_\_\_; LEITE, Fábio Barbalho. “Peculiaridades do contrato de arrendamento portuário”. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, v. 231, p. 269/295, jan/mar. 2003.

MATONS, Jean Grosdidier de. **Droit, économie et finances portuaires**. Paris: Ponts et chaussées, 1999.

MATTEI, Ugo. **Comparative law and economics**. Michigan: University of Michigan Press, 1997.

\_\_\_\_\_; PARDOLESI, Roberto. “Análisis económico del derecho en países de tradición civil: un enfoque comparativo”. Em: ROEMER, Andrés (comp.). **Derecho y economía:** una revisión de la literatura. México, DF: Centro de estudios de gobernabilidad y políticas públicas, 2000.

MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Trad. Luís Afonso Heck. 14 ed. Barueri: Manole, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29 ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador:** as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the law:** from Posner to post-modernism and beyond. Princeton: Princeton University Press, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Mutações nos serviços públicos”. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. **Direito público:** estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 211-236.

MOREIRA, Egon Bockmann. “Agências administrativas, contratos de serviço público e mutabilidade regulatória”. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 25, ano 7, p. 101 – 117, 2009.

\_\_\_\_\_. “Os limites à competência normativa das agências reguladoras”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006,, p. 173/220.

\_\_\_\_\_. “Anotações sobre a história do Direito Econômico brasileiro (parte I: 1930-1956)”. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 6, p. 67-96, 2004.

\_\_\_\_\_. “O direito administrativo contemporâneo e a intervenção do Estado na economia”. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. **Direito público: estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 257-281.

\_\_\_\_\_. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Tese (Doutorado UFPR), 2004

\_\_\_\_\_. **Processo administrativo**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e administração pública**. Coimbra: Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_; MAÇÃS, Fernanda. **Autoridades reguladoras independentes: estudo e projecto de lei-quadro**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MORGENSTERN, Algacyr. **Porto de Paranaguá: contribuições à história (período de 1648 – 1935)**. Paranaguá: APPA, 1985.

\_\_\_\_\_. **Porto de Paranaguá: contribuições à história (período de 1935 – 1985)**. Curitiba: Coração do Brasil, 2006.

NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência: compartilhamento de infra-estruturas e redes**. São Paulo: Dialética, 2006.

NEVES, A. Castanheira. “Método jurídico”. Em: \_\_\_\_\_. **Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**, v. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1995,

NEVES, A. Castanheira. **O direito hoje e com que sentido: o problema actual da autonomia do direito**. Lisboa: Piaget, 2002.

NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 3 ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Gesner; MATTOS, César. “Defesa da concorrência nos portos”. **Revista de Administração de Empresas**. São Paulo, v. 38, n. 3, p. 64-76, jul./set. 1998.

OTERO, Paulo. “Coordenadas jurídicas pra a privatização da Administração Pública”. Em: Os caminhos da privatização da Administração Pública: IV colóquio uso-espanhol de Direito Administrativo. **Studia Iuridica** 60. Coimbra: Coimbra, 2001, pp. 31 –57.

PELTZMAN, Sam. “The growth of government”. STIGLER, George J (ed.). **Chicago studies in political economy**. Chicago: University of Chicago Press, 1988, p. 03-84.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Estado nos anos 90: lógicas e mecanismos de controle**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

PIMENTEL, Carlos Martins. **Evolución de la legislación portuaria brasileña**. Monografías de la UNCTAD sobre la gestión de puertos n. 16. Nova York: Nações Unidas, 1999.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINTO, Paulo Mota. “Sobre a alegada ‘superação’ do Direito pela análise econômica”. Em: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O direito e o futuro – o futuro do direito**. Lisboa: Almedina, 200, p. 169 – 211.

POMPEU, Cid Tomanik. **Autorização administrativa**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

POSNER, Eric. “Análise econômica do direito contratual após três décadas (primeira parte)”. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jul./set. 2008,

POSNER, Richard A. **Natural monopoly and its regulation**. Washington, D.C.: Cato Institute, 1999.

\_\_\_\_\_. An affair of state: an exchange. **The New York Review of Books**, New York, v. 47, n. 7, abr. 2000.

\_\_\_\_\_. **Economics analysis of law**. 7 ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

\_\_\_\_\_. “Law and economics in common-law, civil-law and developing nations”, **Ratio Iuris**, v. 17, n. 1, mar. 2004 p. 66-79.

\_\_\_\_\_. **The economics of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

REALE, Miguel. “Atos administrativos negociais”. **Aplicações da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 133/161.

REICH, Norbert. “A crise regulatória: ela existe e pode ser resolvida?” In: MATTOS, Paulo. **Regulação econômica e democracia: o debate europeu**. São Paulo: Singular, 2006, p. 17-52.

RIBEIRO, José Joaquim Teixeira. **Lições de finanças públicas**. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 22/24.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. “A suspensão de segurança”. Em: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cássio Scarpinella. **Direito processual público: a Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito: uma introdução**. Coimbra: Almedina,

2007.

ROSA, Alexandre Morais da. “Crítica ao discurso da law and economics”. Em: \_\_\_\_; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com o Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 90 e 121.

ROSA, Christian Fernandes Gomes da. **Eficiência como axioma da Teoria Econômica do Direito**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, 2008.

ROTHBARD, Murray N. **Man, economy and state: a treatise on economic principles**. 2 ed. Auburn, Alabama: Ludwig von Mises Institute, 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. 2 ed. rev. e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008.

SCHIRATO, Vitor Rhein. “A experiência e as perspectivas da regulação do setor portuário no Brasil”. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 171-190, jul./set. 2008.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SHAVELL, Steven. “Why breach of contract may be not immoral given the incompleteness of contracts”. **Harvard Law and Economics Discussion Paper**, n. 631, mar. 2009, p. 10. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1372170> Acesso em: 20 de out. 2009.

SILVA, Almiro do Couto e. “Enfiteuse: alienação de domínio útil”. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, ano 27, v. 57, p. 331/346, 2004.

\_\_\_\_. “Privatização no Brasil e no novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público ‘à brasileira’?” **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 230, out./dez. 2002, p. 45-74.

SILVA, Clarissa Sampaio. **Direito fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

SOARES, Rogério Enhardt. **Direito público e sociedade técnica**. Coimbra: Atlântida, 1969.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo das concessões**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

\_\_\_\_. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

\_\_\_\_. “Gestão alternativa de serviços públicos”. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 219, jan./mar. 2000, p. 179 – 2003.

SOUZA JUNIOR, Surinam Nogueira de Souza. **Regulação portuária: a regulação jurídica**

dos serviços públicos de infra-estrutura portuária no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo ordenador**. 1 ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. “Introdução às agências reguladoras”. Em: \_\_\_\_\_. **Direito administrativo econômico**. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 17-38.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. “Serviços públicos e regulação estatal: introdução às agências reguladoras”. \_\_\_\_\_. (org.). **Direito administrativo econômico**. 1. ed. 3. tir, São Paulo, Malheiros: 2006, p. 17-38.

\_\_\_\_\_. Regime jurídico do setor petrolífero. Em: \_\_\_\_\_. **Direito administrativo econômico**. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_; CAMARA, Jacintho Arruda. “Terminais portuários de uso misto”. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, n. 23. ano 6, p. 59-74, jul./set. 2008.

\_\_\_\_\_; MONTEIRO, Vera (coord.). **Introdução ao direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008.

SUSTEIN, Cass. **Free markets and social justice**. New York: Oxford University Press, 1997.

SZTAJN, Rachel. “Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no Código Civil de 2002”. Em: ÁVILA, Humberto (org.). **Fundamentos do Estado Moderno: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. Malheiros, São Paulo, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria jurídica da empresa**. São Paulo: Atlas, 2004.

SZTAJN, Rachel; GORGA, Érica. “Tradições do direito”. Em: ZYLBERSZTAJN, Décio; \_\_\_\_\_. (org.). **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 137/196.

TERMINAL DE CONTEINERES DE SANTA CATARINA. **Tecon SC acelera obras principais do terminal portuário**, disponível em <http://www.teconsc.com.br/noticias.asp?id=37>, acesso em 08 de jan. de 2008.

TESSLER, Marga Inge Barth. “Os efeitos econômicos e sociais das leis e decisões judiciais”. **Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região**, Porto Alegre, ano 17, n. 61, p. 27/40, 2006.

THALER, Richard H. SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness**. New Haven: Yale Press, 2008.

\_\_\_\_\_. **Nudge: o empurrão para a escolha certa**. Trad. Marcelo Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TRAIN, Kenneth. **Optimal regulation: the economic theory of natural monopoly**. MIT Press:

Cambridge, Massachusetts, 1994.

VAZ, Manuel de Afonso. “As características das normas de direito econômico”. **Direito econômico: a ordem econômica portuguesa**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 84-95.

VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público**.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VILLAR EZCURRA, José Luis. “Las infraestructuras públicas”. Em: ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica**. Granada: Comares, 2004, p. 671-712.

VILAR ROJAS, Francisco José. **Las instalaciones esenciales para la competencia: um estudio de derecho publico económico**. Granada: Comares, 2004.

WATERSON, Michel. **Regulation of the firm and natural monopoly**. Oxford: Basil Blackwell, 1988.

WEIL, Prosper. **O direito administrativo**. Trad. Maria da Glória Pinto Ferreira. Coimbra: Almedina, 1977.

WOLFF, H; BACHOF, O; STOBER, R. **Direito administrativo**. v. 1. Trad. António F. de Sousa. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2006.

WORLD BANK. “Port regulation module”. **Port reform toolkit**. 2 ed. Washington: World Bank, 2007.